RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO

DERECHO ROMANO

Historia e Instituciones







RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO

Nació en noviembre de 1945, en la ciudad de San Miguel de Cajamarca. Cursó estudios primarios y secundarios en esa ciudad, se tituló de Profesor en la Escuela Normal Superior Técnica de Cajamarca en 1969, se formó en la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo" de Lambayeque, en la que obtuvo el Título de Abogado en 1982. En la Escuela de Postgrado de dicha Universidad alcanzó el Grado de Maestría en Derecho Civil y Comercial, y Doctor en Derecho y Ciencia Política, con mención honorífica de excelencia. Ha concluido estudios en el Programa de Doctorado: 1999 Metodología, Fuentes e Instituciones Jurídicas en la Universidad de Alicante- España.

Como pedagogo ha sido docente en diferentes escuelas y colegios, destacando el Colegio Nacional "San José" de Chiclayo, donde dictó los cursos de *idioma inglés y francés*, y en la Alianza Francesa de Chiclayo el idioma francés. Como Abogado ha ejercido la defensa libre y administrando justicia como Juez de Paz Letrado, Juez Especializado Civil y Vocal Superior, por más de una década en el Distrito Judicial de Lambayeque. Aplicó por primera vez el Código Procesal Civil vigente como Juez del Tercer Juzgado Especializado Civil de la Provincia de Chiclayo.

RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO

DERECHO ROMANO
HISTORIA E INSTITUCIONES

JURISTA EDITORES E.I.R.L.

RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
DOCTOR EN DERECHO
CATEDRÁTICO PRINCIPAL DE DERECHO ROMANO
EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL PEDRO RUÍZ GALLO Y UNIVERSIDAD DE CHICLAYO

DERECHO ROMANO
HISTORIA E INSTITUCIONES



Roma locuta, causa finita;
Roma ha hablado la causa ha terminado.

"*Todo pasa al olvido, al polvo, a la insignificancia en el abismo infinito del tiempo, pero el Derecho romano es imperecedero*".
El Autor.

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfonos: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

Edición: Abril 2014

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N°: 2014-05281
ISBN: 978-612-4184-30-7

Composición, diagramación y
diseño de carátula: Víctor Arrascue C.

A la memoria de mi abnegada madre,
MARÍA IRENE
Con toda mi ternura.

Agradecimiento

Mi eterna gratitud a los Grandes Juristas, creadores y cultivadores del Derecho romano; a los romanistas de todos los tiempos, cuyas obras han servido de fuente de inspiración para cristalizar el presente libro.

Mi agradecimiento es mucho mayor de lo que puedo expresar con estas cortas palabras con que "*cierro*" el trabajo -y digo "*cierro*"- porque no concluyo ya que me ha quedado un amplio campo abierto aún. ***Multum, non multa***: estas palabras de Plinio el Joven han servido de guía a este trabajo.

Índice General

CAPÍTULO III
HISTORIA DEL DERECHO ROMANO DESPUÉS DE JUSTINIANO

CAPÍTULO IV
LA RELIGIÓN DE LOS ROMANOS

CAPITULO V
CONCEPTOS GENERALES, CLASIFICACIÓN DEL DERECHO ROMANO Y FUENTES

SEGUNDA PARTE
DERECHO DE PERSONAS

CAPÍTULO I
PERSONAS FÍSICAS

CAPÍTULO II
PERSONAS JURÍDICAS

TERCERA PARTE
DERECHO DE FAMILIA

CAPÍTULO I
FAMILIA, PARENTESCO Y PATRIA POTESTAD

CAPITULO II
EL MATRIMONIO

CAPÍTULO III
REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES

CUARTA PARTE
DERECHOS REALES

CAPÍTULO I
LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN

CAPÍTULO II
DERECHOS PATRIMONIALES

CAPÍTULO III
DERECHOS REALES EN GENERAL

QUINTA PARTE
EL NEGOCIO JURÍDICO

SEXTA PARTE
DERECHOS DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO I
LAS OBLIGACIONES Y SU CLASIFICACIÓN.

CAPITULO II
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO III
CONTRATOS Y CUASICONTRATOS

CAPÍTULO IV
LOS PACTOS Y DONACIÓN

CAPÍTULO V
DELITOS Y CUASIDELITOS

CAPÍTULO VI
EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO VII
GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO VIII
EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

SÉTIMA PARTE
DERECHO SUCESORIO

CAPITULO I
SUCESIÓN UNIVERSAL "MORTIS CAUSA"

CAPÍTULO II
SUCESIÓN INTESTADA O LEGÍTIMA

CAPÍTULO III
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

CAPITULO IV
ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

CAPITULO V
DONACIÓN, LEGADOS Y FIDEICOMISO

OCTAVA PARTE
PROCEDIMIENTOS ROMANOS

CAPÍTULO I
PROCEDIMIENTO CIVIL ROMANO

CAPÍTULO II
EL PROCEDIMIENTO PENAL PÚBLICO

APÉNDICE
NOCIONES GENERALES DEL LATÍN

INTRODUCCIÓN

Comenzaré invocando las sabias expresiones del gran romanista español JUAN IGLESIAS de que: *"Ningún hombre es él solo. Cada uno de nosotros somos con otros. Cierto que mi yo es algo mío. Es lo más mío, pero no por obra toda mía". "Mi alma, mi espíritu, mi yo se nutre de lo circunstante, que es decir, de cuanto está a mi alrededor y da disposición y asiento a mi entender, a mi conocer, a mi saber"*[1].

Dice **Píndaro,** *pero las pasiones y acciones humanas están mezcladas con circunstancias que, unas veces, corren hacia un sitio y, otras, hacia otro*[2].

Marco Aurelio *contempla el abismo de la eternidad y el espacio sin fin cuando escribe*: **Asia**, **Europa**, *son rincones del universo*; *el Athos, un terrón del universo; el Océano entero no es más que una gota en el universo*; todo el presente un punto en la eternidad. Todo es mezquino, efímero y está a punto de perecer. La mirada desde lo alto reduce todo lo humano a una extrema pequeñez[3].

El derecho hace posible la sociedad, la vida en común, al disciplinar los sentimientos, los quereres, los impulsos de los sujetos. *El derecho tiene su arranque en mundos interiores, que es donde habita la verdad.* El derecho es norma de convivencia. Por el derecho se logra la vida en común, que es la sociedad política.

La **Historia** *forma la mitad de la parte científica del derecho.* Refiere las vicisitudes de la ciencia y los distintos modos con que ha sido cultivada, y explica además el *origen de las verdades del derecho positivo*, es decir, por qué

---

[1] IGLESIAS, Juan; *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Undécima edición, Editorial Ariel, S.a., Barcelona, 1994, pg. 3.

[2] PLUTARCO; *Sobre la Superstición*, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001, pg. 280.

[3] MARCO AURELIO; *Meditaciones*, Segunda edición, Editorial Debate, S.A., Madrid, 2001, pg. 90.

han sido considerados como verdaderos ciertos principios, que no lo son absolutamente[4].

Cuando se tiene una verdadera y decidida pasión por el estudio de la ciencia, se la personifica con el pensamiento y llegan a interesarnos tanto sus destinos y su historia como pudieran los de un amigo. Se anhela entonces abarcar todo el espacio que ella ha recorrido, preguntarla en el pasado y augurar su porvenir; y no se crea que este espectáculo sea solo un placer de curiosidad para el ánimo, sino que es una lección necesaria, la única iniciación que puede decirse legítima. Instruido el hombre de cuanto ha precedido al instante en que estudia, mide con ojo seguro todo el camino andado y se convence de que los deberes y el método de una ciencia van cambiando y perfeccionándose con el tiempo. Entonces, sin cansarse en volver sobre las antiguas pisadas y uniendo sus esfuerzos y tareas a los de sus predecesores, continua su obra marchando por una senda distinta de la que siguieron aquéllos y trabaja con cabal conocimiento de la serie de los tiempos, del orden de las ideas, de las revoluciones de la ciencia y de los nuevos deberes.

Así sobre la ciencia del derecho, tal como se ha desarrollado en Italia o en Francia, o en otros países que reclama un profundo examen de su historia, como nos lo ha dicho **Bacon** y **Liebnitz**, *es imposible introducir innovaciones en lo presente sin conocer a fondo lo pasado.*

En cuanto a mí puedo asegurarles que de entre los nombres ilustres de los que han alentado mi empresa me llevo mil preciosos recuerdos que me sostendrán en mis tareas y desvelos; pues no olvido nunca que la ciencia no se satisface con los esfuerzos de un día no con los ardores de un momento, sino que exige años, muchísimos años.

Enclavada en la península itálica, ROMA constituyó para los pueblos antiguos el *centro del mundo*. Algunos autores dividen dicha península en tres regiones: la continental o septentrional (Etruria, Lacio, Umbría, Sabinia, Samnia y pueblos propios); la meridional (Campania, Apulia, Calabria, Laconia y Bruttibun), y las islas de Sicilia, Cerdeña y Córcega, que están geográficamente próximas a la península, razón por la cual su historia está ligada a la territorial.

El norte de la península estaba habitado, entre otros, por los *vénetos* y los *ligures*, pueblos cuyo origen no podría precisarse aunque se sabe que vivían en los litorales de los golfos de Venecia y de Génova.

---

[4] GUSTAVO HUGO; *Historia del Derecho Romano*, Establecimiento Topográfico de D.R. R. De Rivera, Editor, Madrid, 1850, pg. 5.

Los griegos colonizaron el sur de la península, que comprende las comarcas de Campania, Calabria y la isla de Sicilia. Estas regiones fueron tan importantes que en conjunto recibieron el nombre de ***Magna Grecia***.

En la región central o propia se asentaban varias comunidades, dentro de las cuáles destacó el *pueblo etrusco*, integrado por una raza caracterizada por su talento artístico y cuyo origen aún no ha sido determinado con certeza, aunque su aparición se sitúa entre los siglos IX y VIII a.C.

En esa misma región se hallaban los *italiotas*, que se componían de dos grupos; el primero lo constituían los *venebrios*, los *volscos* y los *samnitas*; el segundo lo formaban los ***latinos***, que integraban a los *ecuos*, los *rótulos* y los *oscos*.

En la región del centro se fundaron, en el valle del **Lacio**, dos importantes ciudades: **Alba Longa** y **Roma** a orillas del río **Tíber**.

Lo que de su nacimiento se conoce está lleno de incertidumbre, de elementos legendarios y de imprecisión de las tradiciones.

Se dice que **Alba Longa** fue fundada por el héroe **Eneas**, sobreviviente de la guerra de Troya, y **Roma** por **Rómulo**, a quien se le supone príncipe procedente de aquélla, y, lógicamente descendiente de Eneas.

Ambos orígenes míticos satisfacían las aspiraciones romanas de tener una génesis heroica y una ascendencia divina, con lo cual emulaban el modelo griego, pueblo al que los romanos siempre admiraron culturalmente.

Roma, también tuvo su origen legendario, digno de su poderío y grandeza y acorde con la vanidad, la ambición y el ideal de un pueblo eminentemente conquistador. Se fija como año de su fundación el año 753 o 754 antes de J.C. y se tiene por cierto que **Rómulo**, su fundador, fue quien instauró el primer régimen político establecido en ella. **Rómulo** fue elevado a los altares con el nombre de **Quirino** y fue venerado como un Dios.

En la segunda mitad del quinto siglo antes de Cristo aún era ROMA una *república aristocrática de campesinos*. Ocupaba una superficie de 450 millas cuadradas aproximadamente, y tenía una población libre, desparramada casi toda ella por el campo y dividida en diecisiete distritos o tribus rústicas que no debían pasar de 150, almas. La mayor parte de las familias poseían un pequeño campo, y padres e hijos, habitando juntos la misma cabaña, lo sembraban casi íntegramente de trigo, plantando algunas viñas y olivares. En las vecinas tierras del dominio público apacentaban algunas reses, y en el propio hogar construían los instrumentos rústicos, se hacían los vestidos, y sólo de tarde en tarde acudían a la *ciudad fortificada*. En ella estaban los templos de los dioses, el Gobierno de la República, las casas de los ricos, las tiendas de los artesanos y de los mercaderes,

donde se cambiaba un poco de grano, de aceite y de vino, por sal, instrumentos agrícolas de hierro y armas. Allí se acudía a las fiestas religiosas y a cumplir con los deberes cívicos. Los propietarios estaban repartidos en cinco clases, según su fortuna; cada clase se dividió luego en centurias: cada propietario acudía con su voto a formar el de su centuria, que se contaba como uno, y así concurría a los comicios para la aprobación de las leyes y la elección de los primeros magistrados de la República[5].

Aunque todas las magistraturas fueron electivas, Roma resultaba entonces una República doblemente aristocrática. A pesar de que en las centurias ascendía de las pertenecientes a las clases más pobres a las más ricas, contenían un número de electores cada vez más restringido. Además, *las altas magistraturas* quedaban reservadas por privilegio hereditario a un *pequeño número de familias patricias*, que poseían más dilatadas tierras, rebaños y esclavos más numerosos.

La plebe se reunía en cada distrito para discutir sus intereses particulares; cada año nombraba a los *tribunos del pueblo*, que eran inviolables y podían oponer su veto a todos los actos de los magistrados. *El poder residía en los patricios*, campesinos también, que no desdeñaban empuñar la azada y el arado. Sus moradas eran pequeñas y de pobre aspecto, su alimento frugal, sus vestidos sencillísimos; poseían escasos metales preciosos y casi todos los menesteres los realizaban en su propia casa, el pan como los vestidos, sirviéndose de sus esclavos y mujeres.

Así, pues, resultaba muy poca cosa lo que Roma compraba fuera: cerámicas para las construcciones públicas y metales en Etruria, artísticos *bibelots* púnicos o fenicios, objetos de marfil, perfumes para los funerales, púrpura para los vestidos de ceremonia de los magistrados y algunos esclavos. Exportábanse pocas mercaderías: maderas para la construcción de navíos y sal. *Roma era pequeña y pobre*; hasta los ricos patricios pasaban en el campo la mayoría del tiempo, y sólo iban a la ciudad para ejercer las magistraturas y asistir a las sesiones del Senado, asamblea de que formaban parte de por vida los antiguos magistrados, designados primero por los cónsules y luego por los sensores. El Senado vigilaba a los magistrados, administraba el Tesoro, aprobaba las leyes votadas y las elecciones hechas por los comicios de las centurias y de las tribus, y discutía las cuestiones sobre la guerra y la paz, tan frecuentes entonces.

No olvidemos que la **Italia** *es la madre del derecho europeo, de la jurisprudencia romana*, que ha difundido por la Europa el saber y la erudición, y que sus jurisconsultos modernos, sucesores de los intérpretes del derecho antiguo, han

[5] FERRERO, Guglielmo; ***Grandeza y Decadencia de Roma***, Ediciones Siglo Veinte, S. R. L, Buenos Aires, 1959, pg. 13.

fomentado siempre la inteligencia de las tradiciones históricas. Aquellos de entre los modernos que han querido penetrar el secreto de ROMA y de su jurisprudencia, no han sido nunca extranjeros en la moderna Italia; pues han vivido en ella o en persona o por medio de sus amigos o por sus correspondencias y estudios. Efectivamente en Italia es donde evocando por medio de la imaginación y de la memoria los siglos pasados y las cenizas ya frías, se puede lograr despertar en el alma una imagen confusa pero real de aquella Roma primitiva, obscura y vigorosa, cuyo origen es todavía incierto, pero cuyos primeros días son patéticos y profundamente religiosos. Si, en Italia, allí en el Lacio, en el seno de Roma, al pie del **Capitolio** es donde deben ir a buscarse las inspiraciones y las conjeturas[6].

Expresa artísticamente **Hans von Hülsen**, en su obra ***Hallazgos en ROMA***: «*Los dioses han llegado a su jubilación, y con ellos un tropel de emperadores, generales, estadistas, poetas, filósofos y bellas damas, y ocupan los museos de todo el mundo, que son los asilos de su vejez.* En grandes dormitorios se apiñan Hermes llegados a través de los mares, Apolos rezagados y Zeus, padre de los dioses, y sin que jamás se haya tenido en cuenta hacer una separación de sexos: en esas mismas salas despliega Venus sus encantos bajo sus múltiples formas: la de Milo, la Capitolina, la Calípiga. *El mundo está lleno de estos dormitorios de dioses destronados.* Probablemente son aún felices cuando declina el día y desaparece de sus mansiones privadas el tropel de curiosos que se acerca e ellos y a su muda majestad, tan diferente a las masas de mendigos que en otro tiempo merodeaban a su alrededor en las fiestas de los templos de la Hélade, Italia y Asia Menor»[7].

En otro tiempo, el **Olimpo**, el **Helicón**, el **Parnaso** eran viviendas de los dioses; hoy ya solamente tienen vida -gracias a los poetas- en los mitos y en las leyendas, en los versos y -¡*la mayor degradación*!- *en las metáforas de los periodistas.* En otro tiempo lucían su esplendor los templos de **Atenas** y **Pérgamo**, de **Roma**, **Pestum**, **Agrigento**, **Selinunte** y **Segesta**: eran viviendas de los dioses. Hoy sólo perduran sus imágenes de mármol o de bronce para dar noticia de ellos a este mundo sin dioses que es el nuestro, y sus viviendas no son más que ruinas, talleres de arqueólogos y puntos de concentración de turistas, que abandonan en ellos papeles de envolver, en lugar de las ofrendas de otros tiempos.

Pero *lo que hace grandiosas a estas imágenes*, aún en la atmósfera de las salas de los museos, es *lo divino, el doble reflejo de lo divino*: *lo divino en la divinidad enmudecida*, y *lo eternamente divino que hay en el arte* y que habla a los corazones.

---

[6] M.G. LERMINIER; ***Introducción General a la Historia del Derecho***, Librería de D. Antonio Sierra, Plaza de S. Jaime, Barcelona, 1840, pg. 245.

[7] **Hans von Hülsen; *Hallazgos en ROMA***, Taurus Ediciones S.A., Madrid, 1966, pg. 13.

Solamente los antiguos conocieron que el arte es un culto de Dios. Innumerables obras artísticas poblaban los atrios de los templos en calidad de piadosas ofrendas[8].

La expresión **Derecho romano** se refiere, como es natural, *al ordenamiento vigente en las diversas épocas de la historia de* **Roma** (monárquica, republicana e imperial). Pero los límites de tiempo dentro de los cuáles se suele circunscribir la historia del derecho romano no corresponden exactamente a los de la historia romana tal como se entiende en las escuelas: coincide el punto de partida cuando se halla en los orígenes de Roma; pero, mientras el desarrollo de la historia romana se suele considerar concluido con la caída del Imperio de Occidente (año 476 d.C.), *la historia del derecho romano tiene su punto de destino en la* COMPILACIÓN DE JUSTINIANO, emperador de Oriente, publicada entre los años 529 y 534 d.C. y en su sucesiva legislación del mismo emperador (muerto en 565), que desde el siglo XVI hasta el presente se agrupa bajo la denominación global de ***Corpus Iuris Civilis***. En efecto, mientras dicha compilación, aun con todos sus defectos y falsificaciones, representa nuestra mejor y más rica fuente de informaciones, incluso para el derecho de las épocas anteriores a JUSTINIANO, la fortuna que tuvo en la época medieval y moderna y aún más en Occidente que en Oriente, hace que los modernos derechos europeos puedan considerarse en gran parte como derivaciones y adaptaciones del derecho justinianeo. En cambio, el derecho **posjustinianeo** se halla en general fuera del campo de nuestros estudios; la evolución producida en el Imperio de Oriente después de JUSTINIANO (derecho bizantino), sólo puede interesarnos en cuanto sirve para comprender el espíritu y las tendencias del derecho justinianeo; lo que se produjo en Occidente, desde que el derecho justinianeo fue enseñado en las escuelas y recibido como ley vigente entra en el ámbito de otras disciplinas (derecho romano en la Edad Media, derecho común), que pueden hallar ubicación en los programas universitarios de historia del derecho italiano[9].

El cúmulo inmenso de leyes romanas llegó a formar una *legislación tan monstruosa*, que según la expresión de **Eunapio**, *era carga de muchos camellos.* No faltaron romanos ilustres que convencidos de la necesidad de formar un código, pensaron en su compilación; pero ni la influencia de **Marco Tulio**, ni los deseos de **Pompeyo**, ni los designios de **César** pudieron dar a **Roma** la obra que en el siglo VI, inmortalizó al reinado del EMPERADOR FLAVIO JUSTINIANO.

[8] **Hans von Hülsen**; op. cit. pg. 15 y 16.

[9] ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; *Instituciones de Derecho Romano*, Ediciones DE PALMA, Buenos Aires, 1986, pg. 1.

Este príncipe extranjero, descendiente de un linaje obscuro, sobrino e hijo adaptivo del emperador JUSTINO, subió al Imperio de Oriente en el año 527 de la era Cristiana. Aunque adoleció de algunos vicios, no fue tan ignorante como algunos lo suponen, confundiéndole con su tío JUSTINO.

Sus ejércitos comandados por el general **Belisario** sujetaron a los *lazos*, *abasgos* y *tzanos*, abatieron el orgullo de los *vándalos*, reconquistaron el **África**, destruyeron en **Italia** en imperio de los *godos*, y terminaron por medio de una paz honrosa las disensiones entre *persas* y *romanos*.

Pero durante su reinado de más de 39 años, ninguna obra fue tan gloriosa como la formación de sus códigos. Valiéndose de las luces de **Triboniano** y de otros jurisconsultos, mandó que las constituciones de los príncipes publicadas desde **Adriano** hasta su tiempo, y compiladas en los ***Códigos Gregoriano***, ***Hermogeniano*** y ***Teodosiano***, se formase un nuevo Código, el cual se publicó el 7 de abril del año 529, bajo el nombre de ***Código Justinianeo***.

Los elementos de todo el derecho compuestos de los manuales de los antiguos jurisconsultos, y particularmente de las *Instituciones* de **Gayo**, fueron escritos por **Triboniano**, **Doroteo** y **Teófilo**. Dióseles el nombre de ***Instituta*** o ***Instituciones***, y aunque formadas después de las ***Pandectas***, se publicaron primero que ellas, a saber; el 21 de noviembre de 533; pero no recibieron fuerza de ley sino junto con las ***Pandectas***, esto es, el 30 de diciembre de 533.

Habiendo conocido Justiniano que el Código Justinianeo tenía muchas cosas incompatibles con las Pandectas, mandó que se corrigiese y reformase. De aquí resultó el ***Código escogido*** o ***repetitæ prælectionis***, que se publicó el 16 de noviembre de 534. Desde entonces quedó abolido el ***Código Justinianeo***; y así no se debe extrañar, que en el código que hoy existe, no se encuentran las constituciones que muchas veces se celebran en la ***Instituta***.

Publicáronse después las ***Novelas o nuevas constituciones***, la mayor parte de las cuales fueron escritas en griego, y las demás en latín.

Las Novelas que hoy existen con el nombre de ***nueve colaciones***, fueron recogidas antes del papa Gregorio M., y poco tiempo después de Justiniano, por un hombre desconocido que las tradujo en un estilo bárbaro. JULIANO el patricio también las tradujo; pero en un lenguaje exacto y elegante; y **Haloandro**, **Scrimgero** y otros las publicaron en griego. De estas tres ediciones, la primera fue la que se admitió en el Foro.

De estas Novelas y de ciertas constituciones de los **Federicos** emperadores de Alemania, **Irnerio**, según parece y otros restauradores de la jurisprudencia,

formaron las ***Auténticas***, esto es, compendios de nuevas constituciones añadidas a las leyes del código que derogan.

Finalmente **Hugolino**, jurisconsulto Boloniense, añadió a las Novelas bajo el título de ***décima colación***, los libros de los *feudos*, compilados hacia la mitad del siglo XII por **Gerardo Nigro** y **Oberto de Orto**, cónsules de Milán. Estos libros tuvieron fuerza de *derecho común feudal* en los puntos que no eran contrarios a las costumbres de los pueblos[10].

El conocimiento del derecho justinianeo y del derecho clásico son esenciales para la ciencia y la enseñanza romanística: del derecho justinianeo no puede prescindirse si se quiere comprender la génesis del derecho actual de Europa Occidental, de América Latina y de casi todos los países del mundo; pero el conocimiento del derecho clásico sirve para satisfacer esa exigencia de disciplina propia del pensamiento jurídico, de la cual no existen maestros comparables a los jurisconsultos de Roma. En el *estudio dogmático del derecho romano*, al que se refieren los cursos de *Instituciones* y de *Pandectas*, el derecho primitivo sólo interesa en la medida en que su conocimiento sirve para explicar el derecho clásico; las investigaciones especiales al respecto corresponden al curso de la historia del derecho romano. La limitación del campo de ambos cursos dogmáticos al derecho primitivo y a su respectivo proceso, tiene su razón no tanto en el hecho de que al derecho privado se le reconoce una tradición ininterrumpida que liga nuestro pensamiento jurídico y la sustancia de nuestro derecho a la antigüedad romana, como en el hecho de que ni los mismos juristas romanos hicieron objeto de hondas investigaciones ni construyeron como sistema otra materia que la del derecho y del proceso privado, único objeto que se presentaba a su espíritu cuando hablaban de ***ius***[11].

Las instituciones del Derecho romano tienen como objeto la exposición elemental del derecho privado romano. Tal enseñamiento responde a una exigencia didáctica sentida también de los romanos. A fines de la época Republicana en la escuela de derecho se creyó oportuno establecer un curso elemental introductorio. De esta tradición escolástica se han originado los libros de instituciones escritos por algunos juristas romanos, como **Gayo**, **Florentino**, **Paulo**, **Ulpiano** y una parte del ***Corpus Iuris Civilis*** está constituida de las Instituciones, en las cuales se exponen los primeros elementos legítimos de la ciencia, esto es los principios fundamentales de la *ciencia del derecho.*

[10] J. HEINECCIO; *Elementos de Derecho Romano*, Imprenta de D. Eusebio Aguado, Madrid, 1829, pg. 7 a 9.

[11] ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; *Instituciones de Derecho Romano*, op. cit. pg. 9.

El derecho romano, hoy se entiende aquel derecho que estuvo en vigor en el mundo romano desde la fundación de Roma (754 a.C.) según la fecha convencional a la mitad del siglo VI d. C., época en la cual el Emperador de Oriente JUSTINIANO realiza la célebre codificación que se conoce con el nombre de ***Corpus Iuris Civilis***. Por tanto el estudio científico del derecho romano tiene carácter histórico en doble sentido: a) No se limita a una determinada época sino se propone seguir el nacimiento, el desarrollo y la transformación del derecho de Roma en su evolución secular (que existe desde muchos años); b) Es preciso penetrarse en lo íntimo de la mentalidad jurídica antigua, encuadrar el derecho en la conciencia social del tiempo, establecer los factores de la transformación jurídica[12].

La obra que presento: **DERECHO ROMANO -*HISTORIA E INSTITUCIONES***, es el resultado de muchos años de estudio y de enseñanza en la cátedra universitaria de Derecho Romano. A través de mis prolijos estudios, *he llegado al convencimiento de que el derecho de un pueblo no se forma enteramente de golpe*, como el dado por el hacha de **Vulcano** en la cabeza de **Júpiter**, de donde salió **Minerva**, diosa de la juventud, armada de punta en blanco. Expresión y resultado de una civilización que se desarrolla y se modifica con ella. *Sus transformaciones, sobre todo las que afectan al derecho civil y privado, se realizan por lo común lentamente*, y aunque existen en germen, sólo se manifiestan y son fáciles de consignar en épocas determinadas.

Tenemos, efectivamente, una parte de nuestro ser que cambia de siglo en siglo, y es nuestra inteligencia que está siempre en movimiento, casi en constante evolución, y esa es la causa de los cambios a que están sujetos nuestras leyes e instituciones. Como el hombre no piensa hoy como pensaba hace veinticinco o más siglos, tampoco se gobierna como se gobernaba en aquellos tiempos remotos[13].

De acuerdo con la opinión del egregio romanista ALVARO D'ORS, el Derecho romano es la *introducción* insustituible para el mejor estudio del Derecho privado, el conocimiento de su historia e instituciones jurídicas sirve de fundamento del derecho peruano que se afilia al Sistema Jurídico Romano-Germánico-Canónico.

De mi experiencia como docente en la Cátedra he notado que muchos estudiantes no se profundizan en el estudio de esta Ciencia Jurídica, y se contentan con retener unos pocos datos suficientes para aprobar el examen, que

---

[12] BIONDO BIONDI; ***Intituzioni di Dititto Romano***, Drtf. A. Giuffré-Editore, Milano, 1946, pg. 1.- Traducción directa del italiano por el autor de la presente obra.

[13] FUSTEL DE COULANGES; *La Ciudad Antigua*, 7ª edición, Editorial EDAF S.A., Madrid, 2001, pg. 26.

quizá se pudiesen conseguir fácilmente con otro tipo de manual. Sin embargo, he tenido también la suerte de encontrar un grupo reducido de alumnos que se han preocupado por investigar a fondo el Derecho romano iniciándose con el estudio de los apuntes de clase y libros que han tenido a su disposición. *Como una forma de contribución* con la juventud estudiosa de la ciencia jurídica romana, a juristas, jueces y público interesado, va este trabajo de investigación. *Pero no olvide nunca el lector que la obra que le presento no es un libro sino el resultado de un curso.*

Las geniales creaciones de los juristas de la República tardía del Principado, sobre todo en la época de la *jurisprudencia clásica*, elaboraron el derecho privado, llegando a un alto grado de perfección, logrando que fuese, el pensamiento jurídico de la humanidad, una indeleble fuerza espiritual, la cual, a través de la historia del pueblo romano, subsiste aún en la actualidad. *Los ordenamientos jurídico-privados de hoy, tanto de distintos países europeos, americanos, y de otros continentes, se apoyen en buena parte en el Derecho romano.* Las formas de pensamiento de este Derecho se han trasvasado también a los modernos códigos, los cuales a partir del siglo XVIII, privan al Derecho romano de su anterior e inmediata vigencia[14].

El momento central de referencia expositiva es la *época clásica* en la que se desarrollan tres núcleos fundamentales de la genética institucional romana, constituidos por el ***ius civile**, el **ius gentium** y el **ius honorarium***; también se configura la estructura procesal del sistema jurídico y el protagonismo de la jurisprudencia así como la doctrina jurisprudencial.

El ordenamiento jurídico romano adquiere el carácter europeo, que a partir del Medioevo, la cultura romana se mezcla con la cultura helenística de la que recibe su fundamentación espiritual.

A través de este estudio, se muestra al lector que las viejas leyes romanas no son extrañas a nuestros horizontes habituales y que, en gran parte, han continuado siendo siempre actuales en Europa como en América. Por eso el estudio del Derecho romano ocupa un lugar importante en los programas de Derecho de muchas universidades francesas, italianas, alemanas, inglesas y americanas.

Como no pueden darse los primeros pasos en el estudio del Derecho romano sin advertir que no es posible explicarlo ni comprenderlo si no es históricamente; como no hay en la obra de Justiniano, que explicamos en la nuestra, una sola institución jurídica, ni una sola palabra técnica que no tenga sus raíces

---

[14] KASER Max; *Derecho Privado Romano*, 2da ed., Instituto Editorial REUS, S.A., Madrid, 1982.

en las *antigüedades del Derecho romano*, me ha parecido indispensable reunir en una introducción las principales nociones históricas y el cuadro progresivo de las instituciones del pueblo romano, a ellas me referiré frecuentemente en el curso de mi obra, en la que he creído oportuno añadir, sobre esta materia, algunas noticias bibliográficas que pueden ser útiles a los estudiosos.

La obra **DERECHO ROMANO** - ***HISTORIA E INSTITUCIONES***, presenta un esquema preciso y una exposición clara, coherente y convincente, se adecúa al programa de la enseñanza de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas de las diferentes Universidades nacionales y extranjeras; y para tener una visión completa del tema, se ha dividido en ocho partes: la Primera Parte trata de la Historia del Derecho Romano desde su inicio, evolución y su influencia hasta los tiempos actuales; consta de cinco capítulos. El primero está dedicado a "Introducción al Estudio del Derecho romano", el segundo a "Periodización de la Historia de Roma", el tercero a "Historia del Derecho romano después de Justiniano", el cuarto a "La Religión de los Romanos", y el quinto a "Conceptos Generales, Clasificación del Derecho Romano y Fuentes".

La Segunda Parte se refiere al Derecho de Personas, se ha dividido en dos capítulos, el primero se refiere a "Personas Físicas" y el segundo a "Personas Jurídicas". La Tercera Parte estudia el Derecho de Familia, repartida en tres capítulos, el primero se refiere a "Familia, Parentesco y Patria Potestad", el segundo a "El Matrimonio" y el tercero a "Representación de los Incapaces". La cuarta Parte investiga los Derechos Reales, comprende tres capítulos, el primero se refiere a "Las Cosas y su Clasificación", el segundo a "Derechos Patrimoniales", y el tercero a "Derechos Reales en General", abarca la posesión, la propiedad, derechos reales limitativos, derechos reales pretorianos y derechos reales de garantía. La quinta Parte, trata del Negocio Jurídico, su concepto, clasificación, presupuestos y modalidades.

La Sexta Parte, se refiere a los Derechos de Obligaciones y comprende ocho capítulos, el primero se refiere a "Las Obligaciones y su clasificación", el segundo a "Fuentes de las Obligaciones", el tercero a "Contratos y Cuasicontratos", el cuarto a "Los Pactos y Donación", el quinto a "Delitos y Cuasidelitos", el sexto a "Efectos de las Obligaciones", el Sétimo a "Garantía de las Obligaciones" y el octavo a "Extinción de las Obligaciones". La Sétima Parte investiga el Derecho Sucesorio, consta de cinco capítulos, el primero se refiere a "Sucesión Universal Mortis Causa", el segundo a "Sucesión Intestada o Legítima", el tercero a "Sucesión Testamentaria", el cuarto a "Adquisición de la Herencia" y el quinto a "Donación, Legados y Fideicomiso". La Octava Parte presenta los Procedimientos Romanos, comprende dos capítulos, el primero se refiere a "Procedimiento Civil Romano", y el segundo a, "Procedimiento Penal Público".

La obra se "cierra", presentando a los lectores algunas *Nociones Generales del* **Latín, *idioma del Derecho romano*,** que comprende: El Latín en la Historia y en la Cultura Europea; Períodos de la Historia de la Lengua Latina; Importancia del Estudio del Latín; La Cultura Latina, Cultura Universal; Pronunciación Romana Actual del Latín, y Selección de Locuciones y Adagios Latinos.

A Dios gracias y con el favor del Cielo después de un arduo trabajo y venciendo algunas dificultades se ha terminado la obra, que se espera tenga buena acogida y que sirva a los estudiantes como incentivo para continuar su carrera de derecho y a los abogados para profundizar el conocimiento del Derecho romano donde tienen su origen la mayoría de las instituciones jurídicas actuales.

El autor

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO

1. CONCEPTO DE DERECHO

Los hombres al ordenar su convivencia en los distintos tiempos y en los diferentes lugares formando una sociedad política han establecido un conjunto de normas o reglas de cumplimiento obligatorio; por eso decimos que el derecho es una norma de convivencia, por el derecho se logra la vida en común. Donde hay sociedad hay derecho -***ubi societas ibi ius***-.

El Derecho hace posible la sociedad, la vida en común, la con-vida, al disciplinar los sentimientos, los quereres, los impulsos de los sujetos. *El Derecho tiene su arranque en mundos interiores, que es donde habita la verdad*[1].

Se puede definir al Derecho como un conjunto de reglas o normas que rigen la conducta humana en sus relaciones intersociales, como puede verse de los conceptos de los juristas como:

a. **Gustav Radbruch.**- Para quien el derecho puede definirse como "el conjunto de normas generales y positivas que regulan la vida social", y cuyo "sentido se cifra en realizar la justicia"[2];
b. **Claude du Pasquier.**- Quien dice: "*el Derecho es una organización* social e imperativa de la vida humana, orientada a la realización de la justicia"[3].
c. **Mario Alzamora Valdez.**- Quien señala que "*el derecho es la regulación de la vida social del hombre para alcanzar la justicia*".

---

[1] IGLESIAS, Juan; *Derecho Romano -Historia e Instituciones-*, Undécima Edición, Editorial ARIEL S.A., Barcelona, 1994, p. 3.

[2] RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Tercera edición en español, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1965. pág. 47.

[3] DU PASQUIER, Claude; *Introducción al Derecho*, 4ta. edición Editora y Distribuidora "EDINAF", Lima, 1990.

Los juristas buscan todavía una definición para el concepto de derecho; escribía KANT en 1787[4]. El tiempo ha pasado. En los trabajos de filosofía del derecho que se multiplican ahora de manera inflacionista, resulta difícil encontrar una definición que permita arrancar el derecho de un mar de dudas.

2. CONCEPTO DE DERECHO ROMANO

El Derecho Romano, en la más amplia significación de la palabra, es un conjunto de normas y principios jurídicos que han regido la actividad del pueblo romano desde la fundación de Roma en el año 753 a. C. hasta la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476 d.C. y en el Oriente el reconocido por las autoridades bizantinas hasta el año 1453 con la toma de Constantinopla por los Turcos Otomanos.

Suele distinguirse en ***derecho anterior a Justiniano***, ***derecho justinianeo*** y ***derecho posterior a Justiniano***. Con el nombre de Derecho Romano se entiende más comúnmente al derecho justinianeo que estuvo en vigor en casi todas las naciones europeas hasta declinar el siglo XVIII, perdiendo su vigencia con la publicación de códigos especiales de derecho civil que tienen su fuente en el Derecho Romano[5].

En Sentido Estricto, *la expresión Derecho Romano designa el ordenamiento normativo contenido en la compilación de las leyes y jurisprudencia romanas realizado en el siglo VI de nuestra era por Justiniano,* Emperador de Oriente. Este cuerpo legislativo denominado ***Corpus Iuris Civilis,*** está integrado, por el ***Código, el Digesto*** o ***Pandectas, las Institutas*** y ***las Novelas***[6].

Poseemos una definición romana de derecho, proporcionada por **Celso** (hijo) quien afirma que -***"ius est ars boni et aequi"***- *"Derecho es el arte de lo bueno y equitativo"*, según nos dice **Ulpiano en el Digesto de Justiniano** (D.1.1.1.1.). Esta definición de derecho ha sido motivo de censuras porque entremezcla los conceptos de derecho y moral que son valores completamente diferentes, sin embargo esta confusión resulta comprensible si se tiene en cuenta que Celso fue uno de los jurisprudentes romanos que más sintió la influencia del **estoicismo griego**, doctrina filosófica, que entendía *que el derecho era una moral restringida.*

---

[4] GOYARD-FABRE, Simone; *Los Fundaments de l'ordee juridique,* 1re. Édition : Presses Universitaires de France, 1993, Pag. XI, citando a Kant, en su obra Critique de la Raison Pure. Traducido del Francés por el Dr. Rafael Hernández Canelo.

[5] SERAFINI, Felipe; *Instituciones de Derecho Romano,* Tomo 1, 9na. ed., Editorial Hijos de J. Espasa Editores, Barcelona, 1915, Pág. 1.

[6] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; *Manual de Derecho Romano -Historia a Instituciones,* 2da. ed., Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1981, pág. 3.

Los romanos designaron el Derecho con la voz latina ***ius*** (*jus*), que toma las siguientes formas ***iure*** (*de acuerdo a derecho*), ***iuris*** (*de derecho*), ***iuri*** (*para el derecho*)[7]. En primer lugar, ***ius*** significa el conjunto de normas que constituyen un ordenamiento jurídico. En otros términos, ***ius*** *es el derecho objetivo.*

Actualmente es controvertido si la aceptación de ***ius*** correspondería también el derecho subjetivo.

Distinguían entre el ***ius***, referido al derecho positivo o derechos de los hombres o ***lex humana***, del ***fas*** referido al derecho de los dioses o ***lex divina*** o de las relaciones de los hombres con los dioses. El vocablo ***ius*** ha dejado su huella en nuestro idioma en las palabras, ***juicio, jurídico, jurisdicción, jurisprudencia, justicia.***

DERECHO OBJETIVO.- En su acepción objetiva, la palabra Derecho se traduce por "***Ordenamiento Jurídico***" y se define como el conjunto de normas que regulan la convivencia social -***norma agendi***- .Tiene su fuente principal en el Estado y se distingue porque se impone coactivamente, en caso necesario mediante el uso de la fuerza[8]. Es el conjunto de reglas obligatorias: el derecho civil, el derecho cambiario, el derecho inglés.

DERECHO SUBJETIVO.- En sentido subjetivo, la palabra Derecho significa "*facultad*", "*poder*" o "*autorización*" -***facultas agendi***- que la norma concede a la persona. Así se habla de tener derecho a esto o a lo otro o de ser titular de un derecho de propiedad por ejemplo.

Es el derecho relacionado a un sujeto o a un titular. Se trata entonces de la facultad o prerrogativa reconocida a una persona o según la fórmula de **Ihering** de "***un interés jurídicamente protegido***"[9].

El derecho subjetivo sólo puede definirse en Roma por la idea de "*poder*", el que descansa en la ***manus***. La norma es símbolo de poder.

"El Derecho romano declinó su vigencia en el mundo medieval Occidental con las invasiones bárbaras, no obstante que en **Constantinopla** se publicó el ***Corpus iuris Civiles;*** se rebajó la vida jurídica a un ámbito que se caracterizó con el nombre de *vulgarismo jurídico.* La palabra ***ius*** fue sustituida por la palabra vulgar (bajo latín) ***directum***, que equivale a *recto,* la misma que ha determinado la formación de la palabra: en español ***Derecho***, en francés ***droit***, en italiano ***diritto***, en portugués ***direito***, en rumano ***dreptul***, en alemán ***recht***, en sueco ***ratt***, en ruso ***prawo***, en estonio ***oigus***, en finlandés ***oikeus***, en griego ***dikaion***. También pro-

---

[7] DI PIETRO, Alfredo y Ángel E. Lapieza Elli; *Manual de Derecho Romano*, cuarta edición, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1985, pág. 10.

[8] IGLESIAS, Juan, op. cit. p. 4.

[9] DU PASQUIER, Claude, op. cit. pág. 13.

viene del bajo latín ***regere***, (gobernar), ***rex*** (rey), ***regnum*** (reino), ***regula*** (regla), ***dirigo-dirigere*** (ordenación a una pauta o norma)"[10].

3. SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

El mundo actual está repartido en *dos grandes sistemas jurídicos*: el **Romanístico** y el **Anglosajón**, con excepción del **Derecho Socialista, Musulmán** e **Indú.**

SISTEMA ROMANÍSTICO O ROMANO GERMÁNICO

Es el resultado de la evolución del Derecho Romano. La base común de los derechos que la componen es la reelaboración medioeval y moderna del ***Corpus Iuris Civilis***, no el Derecho Romano puro. Junto a esta tradición romanista aparecen otros elementos como los derechos germánicos que influenciaron en el Occidente de Europa desde el fin del Imperio Romano[11].

El Sistema Romanístico es propio de la Europa "Continental" pero se ha extendido a otros países no europeos, como todos los latinoamericanos y bastantes asiáticos como Turquía, Indonesia y Japón y algunos países africanos.

Países latinoamericanos como al Perú, Argentina, México, Colombia, Venezuela, entre otros, han recibido la influencia del Derecho Romano por conductos diversos como lo ha precisado el profesor FLORIS MARGADANT. Los más importantes son:

a) **El Derecho Español.**- En la recepción medieval de Derecho Romano tiene especial importancia las ***Siete Partidas de Alfonso X El Sabio***, iniciada por su padre **Fernando III**, y terminada en 1263 o 1265. En su redacción influyeron los glosadores, **Accursio**, **Azón** y especialmente el maestro **Jacobo** cuya intervención es segura en la ***Tercera Partida***, las decretales y las canonistas y textos jurídicos castellanos. A parte de su importancia en la romanización del derecho castellano y también hispanoamericano, debe considerarse como fuente en la recepción del Derecho Romano europeo e influyó en la formación de juristas europeos y americanos[12]. ***Las Siete Partidas Españolas*** influyeron en la elaboración de las leyes tales como ***la Nueva Recopilación*** y ***la Novísima Recopilación de Leyes Españolas***, y algunos preceptos de las ***Leyes de Indias*** que acusan su origen romano.

b) **El Derecho Francés**.- Aquí destaca de manera prominente ***le Code Civil*** o ***Code Napoléon*** de 1804, que ha servido de modelo para la elaboración

[10] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; *Introducción al Derecho*, 2da. ed., TEMIS, 2001, pág., 87- 88.

[11] BIBLIOTECA SALVAT de *Grandes Temas; Justicia y Derecho*, SALVAT Editores, S.A., Barcelona, 1973, p. 76-77.

[12] GARCÍA GARRIDO, Manuel J.; *Derecho Privado Romano*; 7ma edición reformada; Editorial DYKINSON, Madrid. 1998. Pág. 131.

de los códigos modernos de muchos países del mundo; *ha tenido como fuente el Derecho Romano*, en el régimen de la propiedad, las reglas generales de las obligaciones y contratos y el régimen de la dote.

Conformaron la comisión redactora del Code Civil: **Portalis**, **Maleville** (defendían las ideas romanas), **Tronchet** y **Bigot de Préameneu** (defendían las costumbres tradicionales de Francia).

Napoleón nos ha dado cuatro códigos más: ***Le Code de Procedure Civile*** (1806); ***le Code de Commerce*** (1807); ***le Code d'instrucción Criminalle*** (1808) y ***le Code Pénal*** (1810).

c) **El Corpus Iuris Civilis o "Corpus Iuris Iustinianei"** (*Cuerpo del Derecho Civil de Justiniano*), expresión que fue usada por primera vez en 1583 desde la famosa edición ginebrina de las obras de Justiniano realizada por **Dionisio Godofredo** especialmente para distinguirlo del ***"Corpus Iuris Canonici"***, como fuente de inspiración directa del Derecho Romano.

d) **La influencia de la *Pandectística Alemana*** que se entiende como aquel movimiento de estudio de la ***Escuela Histórica Alemana***, cuyos umbrales son del siglo XVIII y su máximo apogeo en el siglo XIX con la tendencia a crear una teoría general de la parte del derecho privado que se fundaba principalmente en el Derecho Romano, en especial en el derecho justinianeo que representaba el derecho común vigente. Cuyos representantes principales son: ***Friedrich Von Savigny*** y ***Rudolf Von Ihering***[13].

Los derechos romanistas, son ***derechos "del código"***, su fuente principal es la ley; el movimiento codificador triunfa en Europa en el siglo XIX con el ***Code Napoléon*** que sirvió de *modelo para otros Códigos* como el ***Código Civil Español de 1889, Código Argentino de 1879, el Código Alemán de 1900, el Italiano de 1942***, entre otros.

EL SISTEMA ANGLOSAJÓN.- Tiene su punto de origen y su modelo más acabado en el ***Derecho Inglés***, entendiéndose por tal **el de Inglaterra en sentido estricto**. Con la expansión británica el Derecho Inglés se proyectó a los **Estados Unidos, provincias canadienses de cultura inglesa**, otros dominios como **Australia** y **Nueva Zelanda**.

La piedra angular del Derecho Inglés es el ***Common Law o Derecho Común del reino***. Éste surge a raíz de la conquista normanda. Muerto el rey de Inglaterra Eduardo III en 1066 sin dejar sucesor, HAROLDO, su cuñado ocupó el trono, el que fue disputado por GUILLERMO, Duque de Normandía y primo del difunto Eduardo III, el Papa dio apoyo a GUILLERMO quien con sus tropas venció a HAROLDO, el 14 de octubre del año 1066 en la **batalla de Hastings**. GUILLERMO EL CON-

[13] IMPALLOMENI, Giambattista, *Voz "Pandecttistica"*, en: Novísimo Digesto Italiano, Vol. xx, Turín: Utet, 1968, Págs 350.

QUISTADOR procura imponer un gobierno centralizado en las islas, antes regían las costumbres locales y algunas leyes de ámbito local. Desde el siglo XI, los Tribunales Regios extienden de manera paulatina su jurisdicción a costa de los Tribunales Locales y nobiliarios[14], corresponde al rey juzgar todos aquellos casos que afectan los intereses generales del reino, esos casos los decide el Canciller. El particular que desea recurrir a los Tribunales Reales acude al canciller para obtener un escrito (***writ***) que le permite acceder a ellos. Para resolver las cuestiones, los Tribunales Regios afirman aplicar *"**la costumbre general e inmemorial del reino**"*. En realidad, puesto que esa costumbre no existe, los jueces resuelven con arreglo a su *sentido de justicia.*

Junto al **Common Law** *a partir del siglo XIV, se desarrolla otro conjunto de normas,* también debidas a la actividad del Canciller. Estas nacen porque, en ocasiones, los particulares estimaban que sus derechos no estaban debidamente protegidos por el sistema de los ***writs***, en que se basaba el ***Common Law***. *Se dirigían entonces al Rey, como fuente de toda gracia y misericordia*, para obtener una decisión equitativa. Pero en realidad era el Canciller quien resolvía la cuestión. *De este modo se fue formando un nuevo sistema: la "**equidad**" -**equity**-*, por el que se regularían algunas instituciones fundamentales del Derecho Moderno.

El ***Common Law y la Equity*** tienen en común que su formulación corresponde a los Tribunales. El Derecho Inglés es *"**un Derecho hecho por les jueces**"*. La decisión de un juez vincula a los demás jueces.

En cuanto a las *"fuentes del Derecho inglés"*[15], se puede entender desde tres puntos de vista, como: a) ***las raíces históricas del derecho***, es decir, una visión puramente histórica; b) ***el texto o lugar de consulta*** a donde se puede acudir para localizar o examinar las disposiciones legislativas y la doctrina jurídica, y c) ***las instituciones que crean el Derecho***.

Desde el punto de vista histórico o diacrónico, las fuentes más antiguas del Derecho inglés son el ***Derecho Romano*** (**Roman Law**) y el ***Derecho Canónico*** (**Canon Law**), que entró en Inglaterra tras la conversión de este país al Cristianismo hacia el año 600. No obstante, las verdaderas fuentes históricas del Derecho inglés son dos: el ***Common Law*** y ***la equidad*** (**equity**).

Las fuentes del derecho, en su acepción *"lugar de consulta"*, son el ***"Libro de las Leyes Parlamentarias"*** (***The Statute Book***), y los ***"Repertorios de Jurisprudencia"*** (***Law Reports***)[16]. El primero contiene todas las leyes aprobadas por el

[14] Biblioteca SALVAT de *Grandes Temas*, op. cit., pág. 80.

[15] ALCARAZ VARÓ, Enrique; *El Inglés Jurídico*, 1ra. ed., Editorial ARIEL S.A., Barcelona, 1994.

[16] El *"lugar de consulta"* de la ley norteamericana es el es el ***United States Code*** (U.S.C.) o Código de las Leyes de Estados Unidos, el cual contiene todas las leyes no derogadas,

Parlamento, y el segundo, las principales decisiones o resoluciones adoptadas por los jueces al dictar sentencias.

En su acepción de *"institución o instituciones creadoras del derecho"*, la principal fuente generadora de leyes positivas, llamadas *actas parlamentarias* (**acts**) o *estatutos* (***statutes***), es el **Parlamento**; igualmente son instituciones creadoras del derecho, por otra parte, la **Magistratura** (***The Bench***), mediante las decisiones que adopta en el curso de la administración de justicia, en lo que se llama ***Derecho Jurisprudencial*** o ***Derecho de los Casos, Derecho del Caso*** o ***Derecho Casuístico*** (***case law***), y por otra parte el Gobierno y las distintas administraciones públicas, cuando desarrollan las leyes por medio de los instrumentos legislativos (***statutory instruments***) en lo que se llama *legislación delegada* (***delegated legislation***).

4. IMPORTANCIA Y UTILIDAD DEL DERECHO ROMANO

El gran Imperio Romano que comprendió toda la cuenca del Mediterráneo, Norte de África, Sud-Oeste de Asia, tuvo mayor vigencia desde el siglo VII a.C., hasta el siglo XV d.C., esto es por espacio de veintidós siglos. *Del Derecho Romano se derivan todos los derechos románicos, va a influenciar a los Derechos Modernos y a todos los Derechos Latinos*[17].

IHERING, nacido en 1818 en el reino de **Hannover**, en su obra ***"El Espíritu del Derecho Romano"*** (1852-1865), fruto de su juventud, expresa que las *instituciones romanas*, pues, no son, sólo expresiones o síntomas del alma nacional sino funciones de la vida colectiva.

La importancia del Derecho Romano para el mundo actual dice **Ihering** no reside en haber sido fuente y origen del derecho sino en la transformación que imprimió a nuestro pensamiento jurídico y en haberse convertido como el Cristianismo en el elemento de la civilización moderna. *La difusión y predominio del Derecho Romano en el mundo moderno es uno de los fenómenos más maravillosos de la historia y de los triunfos más extraordinarios de la fuerza intelectual.* En el fondo y en la forma todas las legislaciones modernas se basan en el Derecho Romano que llega a ser un elemento de la civilización[18].

---

aprobadas por al Congreso desde 1873. La codificación la efectúa el Revisor of Statutes, nombrado por el Congreso de EE.UU. Desde 1932, cada seis años se publica una edición actualizada y anualmente aparecen los volúmenes suplementarios correspondientes.- Enrique Alcaraz Varo, Idem.

[17] GONZÁLEZ, Manuel; *Historia del Derecho*, 4ta ed., Librería la Lógica, Venezuela, 1995, p. 60.

[18] VON IHERING, Rudolf; *El Espíritu del Derecho Romano*, Ediciones Revista de Occidente Argentina, Buenos Aires, 1947, pág. 7 a 14.

Tres veces ha dictado Roma la ley del mundo, dice **Ihering**: primero por la ***unidad del Estado***, cuando se hallaba todavía en la plenitud de su poderío; después por la ***unidad de la Iglesia***, a raíz de la caída del Imperio; finalmente, por la ***unidad del derecho***, al adoptarse éste durante la Edad Media. **Roma** representa, pues, en la Historia Universal, el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades[19].

Labor crítica y un pensamiento constructivo a hacer evolucionar el Derecho, ajustándose a las nuevas circunstancias sociales un ejemplo de lo que es el progreso en la ciencia jurídica nos ofrece la labor de los juristas romanos, **los pretores** al administrar justicia iban adoptando el ***ius civile*** a una nueva situación social, económica y espiritual.

El derecho no es un fenómeno aislado, sino un aspecto de una realidad social global, la ciencia jurídica debe ejercer influjo sobre la realidad y sobre la vida de los pueblos, que es propio de toda ciencia.

IHERING en su libro clásico "***La Lucha por el Derecho***", pensaba que: "El Derecho es una idea práctica, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio...Mas el medio, por muy variado que sea se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La idea del derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz: la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo...El derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. Si abrazamos en un momento dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una Nación, desplazando sin cesar para defender su derecho, tan penosos esfuerzos como los que hace para el desenvolvimiento de su actividad en la esfera de la producción económica e intelectual. Todo hombre que lleva en sí la obligación de mantener su derecho, toma parte de este trabajo nacional, y contribuye en lo que puede a la realización del derecho sobre la tierra".

SIR PAUL VINOGRADOFF en su obra "***De Introducción al Derecho***", expresa que el derecho se niega a convalidar los contratos basados en la inmoralidad privada. Basándose en el principio ***ex turpi causa non oritur actio***: *de una causa inmoral no deriva ninguna acción jurídica*, máxima derivada del Derecho Romano.

Como fuente de Derecho, *la costumbre* comprende normas jurídicas que no han sido promulgadas por los legisladores ni expuestas por jueces de formación jurídica, sino que han surgido de la *opinión popular* y están sancionadas por un largo uso.

---

[19] REVISTA UNIVERSITARIA, Órgano de la Universidad Mayor de San Marcos, Año IX-Vol. II, Lima, Noviembre, 1914, pp. 363.

Derecho consuetudinario o costumbres jurídicas. Los Witans, literalmente sabios o prudentes eran los miembros del consejo real de la época anglosajona como ha dicho **Dicey**, las opiniones de los jueces tienden a responder a los criterios de anteayer.

En la **Baja Edad Media** siglos XVI y XVII ejemplo de autoridad directa de la doctrina de los jurisconsultos. El proverbio ***"Che non ha Azzo non vade al Palazzo"*** = *Quien no posea los libros de AZO, no vaya a los Tribunales.* ***"Quod non agnoscit glossa non agnoscit forum"***= *"Lo que no está reconocido por la glosa no está por los tribunales".*

En la antigüedad, en Oriente, el movimiento jurídico gira alrededor del *principio de la nacionalidad*: cada pueblo crea su propio derecho, sacándolo de las entrañas de la nación; cada derecho existe y se desenvuelve por sí sólo, independiente de los demás. **En la Época Moderna**, el movimiento jurídico gira en torno al principio de la *universalidad.* Sus líneas, cesan de ir paralelas, se cruzan, formando un solo tejido, del cual el Derecho Romano y el Derecho Canónico constituyen la trama primitiva. El advenimiento del **Derecho Romano** cambió, pues, el rumbo de la historia jurídica de la humanidad.

El Derecho Romano no se acabó luego de la redacción del denominado ***Corpus Iris Civilis***. AL contrario, sus instituciones, y lo que es más importante, sus principios y la configuración de la ***forma mentis*** romana continuó vigente tanto en Oriente como en Occidente. Adaptado a las circunstancias, luego del Renacimiento en la **Edad Media** alcanzó a convertirse en el "***Derecho Común Europeo***". Es decir, constituyó el Derecho Civil por excelencia que se aplicó en Occidente alcanzando ser ***la ratio scripta*** en materia jurídica. Incluso en los países germánicos, debido al fenómeno de la "***Recepción***", ocurrida en el siglo XVI, paso a ser en dicha área alemana el derecho positivo que se aplicaba por los jueces y tribunales, lo cual continuó hasta la aparición del **Código Civil Alemán de 1900**[20]. Del Derecho Romano se derivan todos los derechos románicos, va a influenciar a los derechos modernos y a todos los derechos latinos.

Hoy ***el Corpus Iuris Civilis***, no rige en ningún país, como rigiera antes; pero su espíritu es todavía la médula del pensamiento jurídico. *En el fondo y en la forma, todas las legislaciones se basan en el Derecho Romano*, que han llegado a ser un elemento de la civilización moderna, como el Cristianismo, como la Literatura y el Arte griegos. ***Toda nuestra educación jurídica es romana. Romanas son también nuestras instituciones civiles.***

---

[20] DI PIETRO, Alfredo; *Derecho Privado Romano*, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1996, pp. IX.

La trascendencia del Derecho Romano se ha hecho sentir no sólo en el Perú y otras repúblicas latinoamericanas a través de España, sino de manera preponderante en Francia, Alemania, Inglaterra, Rusia, Japón y Estados Unidos de Norteamérica entre otros.

Del Derecho Romano se han conservado en el Derecho de Familia: el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la cognación, la legitimación, la adopción, la emancipación, la tutela y la curatela en sus caracteres esenciales; *en el Derecho de las Cosas* (Derechos Reales): los caracteres generales de los bienes y su división, los del dominio (propiedad) y de los derechos reales que lo limitan, y las formas naturales de adquirir; en el *Derecho de las Obligaciones*, la obligación en sus elementos constitutivos y en sus diversas manifestaciones, las diferentes clases de obligaciones; en el *Derecho de las Sucesiones*, los principios fundamentales, el testamento, la sucesión intestada, los legados; en el *Derecho Procesal*, los sistemas procesales de: Las **Legis Actiones**, el ***Procedimiento Formulario*** y el ***Extraordinario***, las acciones, excepciones, capacidad activa y pasiva.

En el derecho procesal civil, en la **Ley de las XII Tablas**, las tres primeras están destinadas a las Acciones de la Ley -***Legis actiones***- que constituyen el primer proceso civil romano, donde se encuentra el germen de los procesos actuales de conocimiento y de ejecución; el ***proceso formulario*** -con la fórmula escrita- y el ***proceso extraordinario*** -que es el antecedente directo de nuestro sistema procesal civil actual-. **El Derecho Romano**, también ha influenciado en el *Derecho Público* en materias de contenido constitucional[21], *Administrativo*, *Penal* y *Procesal*.

La importancia del Derecho Romano podemos resumirla en las expresiones del romanista español **Álvarez Suárez**: *"no existe en toda la historia universal fenómeno más sorprendente ni más admirable que el de la permanencia y subsistencia de las instituciones jurídicas romanas, fuera de los limites espaciales y temporales de su vigencia"*.

---

[21] **El Derecho Público** -***Ius Publicum***- se refiere a la organización y funciones del Estado, directamente ligado a la Política. En el prólogo de la obra *"Historia de Roma"* de Francisco Bertolini, Tomo Primero, Editora Nacional, México, 1966, con relación a la política aduce lo siguiente: De la Roma lítica nació y se dedujo la Roma conquistadora, es decir, civilizadora, la verdadera e imperecedera Roma...Todo lo que o es política romana es accidental y secundario en su historia: por importante que sea: la historia de Roma es principalmente el gran tratado político para uso de todos los tiempos.

CAPÍTULO II
PERIODIZACIÓN DE LA HISTORIA DE ROMA

1. PUEBLOS PRIMITIVOS DE ITALIA

Primeros Habitantes.- Los pobladores de Italia en la edad de piedra parecen haber pertenecido a una raza que desde época remota habitó en la región del Mediterráneo.

En el segundo milenio antes de Cristo, época de bronce, invaden Italia *pueblos indoeuropeos*, hermanos de raza de los griegos, *los itálicos*, procedentes de las llanuras del centro de Europa, penetraron a la península a través de los valles alpinos y en sucesivas migraciones que abarcaron varios siglos, extendiéndose a todo el país.

Los itálicos estaban divididos en numerosas tribus, distinguiéndose tres grupos principales: ***los umbríos*** ocuparon el Norte de Italia, ***los samnitas*** ocuparon las montañas y valles del Sur de la península y ***los latinos*** el valle inferior del **Tíber**. Los itálicos no encontraron una civilización superior, por tanto mantuvieron su régimen tribal, y siguieron divididos en pequeñas comunidades de costumbres primitivas, vivían de la agricultura y de la ganadería.

En los siglos iniciales del primer milenio a.C. (años 1000 a 600) se produce la llegada de otros pueblos: los ***etruscos***, los ***fenicios*** y los ***griegos***.

Los etruscos.- Los latinos los llamaron ***etruschi*** o ***tusci***, no se conoce su procedencia ni la época precisa de su establecimiento en Italia. El problema de su origen continúa apasionando a los especialistas. Al respecto *existen tres hipótesis*: **la primera** aceptando la versión de **Herodoto**, compartida por gran parte de los historiadores griegos, *considera que los etruscos llegaron a la costa tirrena por mar, procedentes de Asia Menor* (concretamente de **Libia**) en la época inmediata a la guerra de Troya, entre los siglos XIII y XII a.C. **La segunda teoría** *acepta el origen autóctono* defendida por **Dionicio de Halicarnaso** considera a los etruscos como

habitantes más antiguos de la región, **la tercera hipótesis** formulada por el francés **N. Fréret** en 1741, *supone un origen nórdico.*

Se establecieron en las tierras del **Norte del Tíber** *en la comarca que tomó de ellos el nombre de* **Etruria.**

En la primera mitad del siglo VII a.C., los etruscos ya habían fundado sus principales centros urbanos. Dueños del territorio entre el **Arno** y el **Tíber**, se trasladaron hacia el Sur. En el año 616 a.C., según la tradición, pero más probablemente medio siglo después, una dinastía de reyes etruscos, los ***Tarquinos se establecieron en*** **Roma**, desde esta ciudad el poderío y la influencia etrusca se extendieron por el **Lacio** y la **Campañia**, donde **Capua** fue uno de los centros más importantes. *La victoria que los etruscos, aliados con los cartagineses en* **Alalia** en torno al 540 dio el dominio sobre Córcega, *superado el Apenino, el dominio etrusco se consolidó en la llanura del Po y alcanzó el Adriático*, de este modo se configura la hegemonía de los etruscos sobre la península italiana.

Dicho dominio se vio bruscamente truncado entre el final del siglo VI y comienzos del V a.C. por obra de griegos y romanos. La expulsión de los Tarquinos de Roma (510-509) no sólo señaló para los etruscos la pérdida de la continuidad territorial en Campania, sino significó el surgimiento de una rival próxima y poderosa.

La primera ciudad etrusca derrotada por **Roma** fue **Veio**, los samnitas ocuparon **Capua** (438-424), casi al mismo tiempo que los etruscos perdieron sus territorios de la llanura del **Po** en beneficio de las *tribus celtas* siglo V y comienzos del IV. *Les quedó tan sólo la región de Etruria propiamente dicha*, destinada a caer bajo el dominio de Roma una centuria más tarde.

Se carece de noticias precisas acerca de la estructura política y sobre el gobierno de las ciudades que en época arcaica eran regidas por *monarcas llamados* ***lucumones.***

Las fuentes históricas y hallazgos arqueológicos atestiguan que el gran *refinamiento y el amor por el lujo* eran las características más notables de la civilización etrusca[22]. Ésta se vio favorecida en su evolución por la próspera economía, basada en la agricultura bien organizada y en los intensos intercambios comerciales con fenicios, cartagineses, griegos, etc. *Su comercio lo realizaron por el mar Tirreno* cuyas aguas surcaron en todas direcciones.

[22] La pasión de lujo y la ostentación, característica del espíritu aristocrático del pueblo etrusco, le hizo bien pronto estudiar y aceptar cuanto podía contribuir al adorno de las personas. Así lo demuestran los anillos, collares, diademas y otros objetos análogos hallados en las sepulturas.- Francisco Bertolini, op. cit. pg. 16.

Las ciudades etruscas más importantes fueron: **Tarquinia, Clusium, Veyes** y **Ceres**, que alcanzaron gran prosperidad por desarrollar la industria y el comercio.

La principal industria consistió en la elaboración de objetos de bronce y de hierro, especialmente de armas variadas, corazas, espadas, cascos, carros de guerra; también realizaron *trabajos artísticos en oro y plata*, sabían cincelar finamente y adornar con piedras incrustadas.

La escultura ha dado obras espléndidas en terracota, como el ***Apolo de Veio***. En bronce destacan la ***Quimera de Arezzo*** y la ***Loba Capitolina***.

La arquitectura etrusca además de recibir la influencia de los fenicios y griegos presenta *un elemento constructivo original: la bóveda*, que los griegos no usaron nunca. Los etruscos, empleáronla provechosamente en *la construcción de puentes y cloacas*.

La religión como atestiguan historiadores constituía un elemento fundamental en la vida de los etruscos. Era muy importante sobre todo ***la aruspicina*** o *arte de interpretar la voluntad de los dioses observando los fenómenos celestes, como el rayo, el vuelo de las aves, las vísceras de las víctimas de los sacrificios*, etc. Junto a la *divinidad suprema*, **Tinia**, que con **Menrva** y **Uni** *componía una triada*, había muchas otras, como **Turms, Fufluns, Maris** y **Turan**, a menudo identificadas con los dioses griegos. *El terrorífico* **Charun** *se relacionaba con el mundo de los muertos*. Se creía que a éstos les aguardaba una especie de vida ultra terrena, como lo atestigua el gran cuidado que se prestaban a las tumbas y a las ofrendas fúnebres.

Los sepulcros etruscos dan idea de ciertas reglas a que su arquitectura se subordinaba constantemente; siendo una de ellas la sencillez de lo interior de las tumbas, que contrasta con la esplendidez del ornato externo.

2. CRITERIOS DE PERIODIZACIÓN

En el devenir histórico del pueblo romano se hace sentir más nítidamente una de las manifestaciones culturales como *el Derecho* que tiene que adaptarse a las mutaciones políticas, económicas y sociales que se producen inexorablemente con el pasar de los años.

Resulta difícil abordar la evolución del Derecho Romano sino señalamos períodos o fases distintas a la historia de Roma; por eso *la historia del Derecho Romano debe ser estudiada dentro del conjunto de la historia de Roma, pues no es posible separar el aspecto jurídico de las demás manifestaciones culturales, artísticas, políticas* y *sociales*.

Existen diversos criterios para la periodización del Derecho de Roma, teniendo en cuenta circunstancias o fenómenos que servirían para caracterizar las distintas etapas de su cambiante realidad jurídica.

El historiador inglés **EDUARDO GIBBON**, *divide la historia del Derecho de Roma en tres períodos*: **Primero** desde la **Ley de las XII Tablas** (451 a.C.) hasta **Cicerón** (106-43 a.C.); **el Segundo** desde **Cicerón** hasta el **Emperador Alejandro Severo** (247 d.C.) y el **Tercer período** corre **hasta la muerte de Justiniano** (565). Es una clasificación incompleta porque olvida los siglos anteriores a la Ley decenviral.

El jurista alemán **GUSTAVO HUGO coincidiendo con GIBBON**, en parte, *agrega un período anterior a las XII Tablas, propone cuatro épocas de la historia jurídica romana comparándola con el desarrollo de la vida del hombre*: ***infancia***, ***juventud***, ***edad viril*** y ***vejez***.

Dentro de los Sistemas Modernos de división del Derecho Romano, merecen citarse las clasificaciones de: **PIETRO BONFANTE**, romanista italiano, aplica el método cronológico o sincrónico, teniendo en cuenta mutaciones profundas que le denomina "crisis"; del romanista alemán **RUDOLF VON MAYR**, que tiene en cuenta acontecimientos históricos de singular importancia como la creación de la Pretura (367 a.C.), el ***Edicto Perpetuo*** de **Salvio Juliano** en época de **Adriano** (131 d.C.), el giro del **Derecho Bizantino a partir de Diocleciano** (284); el profesor italiano **SALVATORE RICCOBONO** sostiene que la evolución del Derecho Romano no se debe a factores externos sino internos como fueron la labor del pretor y los jurisconsultos.

Otros romanistas como **Beatriz Bernal** y **José Jesús Ledesma**[23] sintetizan con precisión el criterio histórico-jurídico y *agregan etapas posteriores a la muerte de Justiniano*, dividiéndolo en:

a. *Derecho Romano en Oriente*, en: 1. Derecho Bizantino (565-1453); 2. Dominación Turca (1453-1830) y 3. Codificación del Derecho Griego (1830-1945) y
b. *Desarrollo del Derecho Romano en Occidente*:
    1. Derecho Romano en los primeros siglos de Europa Medieval (476-1090);
    2. Escuelas de Derecho y su evolución ***mos italicus*** y ***mos gallicus*** (siglos XII al XIX).
        - Escuela de los Glosadores.
        - Escuela de los Posglosadores o Comentaristas.
        - Escuela de los Humanistas Franceses.

[23] SAENZ GÓMEZ, José María; *Derecho Romano I*, LOIMUSA NORIEGA Editores, México, 1994, pg. 31 a 33.

- Escuela Holandesa o de la Jurisprudencia Elegante.
- Usus Modernus Pandectorum.
- Escuela Racionalista.
- Escuela Histórica y sus Ramificaciones.

3. Recepción del Derecho Romano en Europa Occidental (1500-1900).
   a. Recepción en España.
   b. Recepción en Francia.
   c. Recepción en Alemania.
   d. Recepción en Italia.
   e. Recepción en Inglaterra.
4. Movimiento Codificador del siglo XIX (1804-1900).
5. Tendencias Actuales.

Siguiendo la clasificación más generalizada, para nuestro estudio del Derecho Romano, *tomaremos en cuenta el tipo de institución política que rigiera el pueblo romano*, desde la fundación de Roma en el año 753 a.C. hasta la muerte de Justiniano en el año 565 d. C., la historia de Roma puede dividirse en *tres períodos*:

1. **La Monarquía** (753 a.C. a 510 a.C.).
2. **La República** (510 a.C. a 27 a.C.).
3. **El Imperio** (27 a.C. a 565 d.C.).

El Imperio por los grandes cambios que ha sufrido en las instituciones, especialmente desde el punto de vista político se puede subdividir en dos subperíodos:

a. **Principado o Diarquía** (año 27 a.C. a 284 d.C.),
b. **Imperio Absoluto o Dominato** (284 a 476 de nuestra era para el *Imperio Romano de Occidente* y hasta 1453 para el *Imperio Romano de Oriente*).

A la Monarquía y República corresponde la fase del ***Derecho Romano preclásico***, al Principado o Diarquía el ***Derecho Clásico*** y al Imperio Absoluto o Dominato el ***Derecho Postclásico***.

3. ORÍGENES DE ROMA, LEYENDA E HISTORIA DE LA CIUDAD

Los orígenes y vicisitudes más antiguas de Roma se hallan envueltos en la *leyenda*. Pero en la narración tradicional se han podido conocer, con la ayuda de la arqueología lingüística, numerosos datos históricamente seguros. Se puede afirmar, dejando aparte muchos detalles fantásticos, que, en su conjunto la leyenda refleja de modo bastante fidedigno la correspondiente evolución histórica.

Las leyendas sobre el origen de Roma conservadas por la tradición y embellecidas por los escritores romanos, especialmente por **Tito Livio**, pertenecen, más a la mitología que a la historia, sin embargo como se ha manifestado, parecen contener un fondo de verdad histórica disimulada bajo las exageraciones del mito, *el relato de la fundación de Roma por Rómulo tuvo por objeto ennoblecer los orígenes de la nueva potencia*, otorgándole un héroe epónimo de estirpe ilustre y antigua, por añadidura vinculado a una de las principales divinidades itálicas.

ORIGEN LEGENDARIO DE ROMA.- Según la tradición legendaria, ROMA fue fundada en el año 753 a.C. (exactamente el 21 de abril, *fiesta de la Diosa Palas*) por dos hermanos llamados RÓMULO y REMO. El mito romano los presenta como personas heroicas, por cuyas venas corría sangre divina y real, pues eran hijos de la princesa latina **Rhea Silvia** y de **Marte**, *Dios de Guerra*. Por línea materna descendían del héroe ENEAS, hijo del rey **Príamo de Troya**, guerrero valeroso que según cuenta la leyenda, huyó de su ciudad natal Troya cuando ésta fue incendiada por los griegos, y luego de un sinnúmero de aventuras llegó hasta el **Lacio** donde encontró su segunda patria. *Con esta tradición los romanos vinculan sus orígenes con la mitología griega.*

En la península itálica el ilustre refugiado troyano, **Eneas contrajo matrimonio con la princesa Lavinia**, hija del **rey Latino del Lacio**. Su hijo **Ascanio**, en el valle del Lacio donde se levanta la colina más alta, el Monte Albano (Monte Cavo), con aire puro frescos manantiales y condiciones favorables para la agricultura *fundó la ciudad de* ALBA LONGA, capital y centro nacionales a quien ROMA sucedió en sus antiguos derechos.

LIVIO afirma que los ciudadanos de Alba Longa se trasladaron al **Monte Celio** cuando la ciudad fue por Roma destruida. ***La ciudad de Alba llegó a ser la ciudad más importante del Lacio***, y en ella reinaron durante varias generaciones. Uno de los reyes del linaje de Eneas llamado NUMITOR, fue despojado del trono por su hermano AMULIO, quien le arrebató la corona y encerró en un templo a la princesa **Rhea Silvia**, hija única del monarca despojado. Sin embargo el **Dios Marte** se enamora de **Rhea Silvia**, y se filtra como rayo de luz en el templo fecundándola. El producto de esta unión son dos gemelos: ***RÓMULO Y REMO***, **Amulio** *manda que sean arrojados al Tíber*, pero el sirviente se conduele de ellos y los abandona en una cesta a orilla del río, donde los salvó del hambre la intervención milagrosa de una **loba**, que los amamantó y cuidó. Luego fueron recogidos por el pastor **Fáustulo** quien los llevó consigo, confiando la crianza de los niños a su esposa **Laurencia** quien los educó como si fueran sus hijos.

Posteriormente al paso de los años, como lo prevé la misma leyenda, los y: jóvenes eran inquietos y su vida no podía ser tan sedentaria como la de los pas tores que rodeaban su forma de vida; por el contrario eran excelentes cazadores

afrontaban todos los peligros con astucia; eran a tal grado tan generosos, que perseguían ladrones y repartían el botín entre los demás pastores; de esta manera ante Rómulo y Remo acudían diariamente muchos jóvenes con esas inquietudes, sin embargo por razones del destino, *en las famosas **fiestas Luperciales**, es tomado prisionero el joven **Remo** y llevado ante **Numitor** acusado de cacería furtiva en los terrenos del rey, y saqueo en complicidad con otros jóvenes.* Es en este momento en que el padre adoptante de los fundadores de Roma, revela el secreto de su nacimiento a **Rómulo** quien milagrosamente había logrado escapar de los soldados del rey.

La misma historia nos relata como la casualidad hace que se entere **Numitor** de aquella estirpe real poseída por los aguerridos jóvenes en consecuencia resultan ser sus nietos desaparecidos. Posteriormente Remo, al frente de las fuerzas del rey logró destronar al tirano Amulio, dándole muerte y reponiendo a su abuelo Numitor en el trono de Roma.

FUNDACIÓN DE ROMA.- Realizado este acto de justicia, los dos hermanos abandonaron el hogar de sus antepasados y al frente de un grupo de compañeros emigraron de Alba para fundar una ciudad en las orillas del **Tíber** a unos 20 Km. De la desembocadura; allí, *en la llanura del Lacio se distinguen siete elevaciones de terreno o colinas*: el ***Palatino***, el ***Capitolio***, el ***Quirinal***, el ***Viminal***, el ***Esquilino***, el ***Celio*** y el ***Aventino*** dispuestos en forma circular, al centro de todas *el **Palatino*** que es la más alta (51 m.), éste fue elegido como asiento de la futura ciudad.

Para saber quien habría de ser reconocido como jefe, Rómulo y Remo decidieron consultar el vuelo de las aves, pues los latinos, igual que los etruscos, creían que éste era uno de los signos reveladores de la voluntad divina. *Rómulo fue favorecido por los dioses*, pues desde las cumbres del Palatino vio volar sobre su cabeza doce buitres, en tanto que desde otro de los montes cercanos Remo vio sólo seis.

Rómulo dirigió la fundación de la ciudad. Con un arado trazó en la tierra el cerco que fijaba los límites y el emplazamiento de las murallas invocando al mismo tiempo la maldición divina contra cualquiera que violara la frontera sagrada trazada por el arado el ***pomerium*** (cinturón sagrado) ***de la ciudad.*** Cuenta la leyenda que **Remo** desafío la invocación saltando por encima del surco y pagó, allí mismo con su vida su acto temerario.

Para procurarse compañía los romanos decidieron invitar a sus vecinos ***los sabinos*** que habitaban especialmente en el Monte Quirinal cerca de Roma a una fiesta deportiva y religiosa y raptaron las mujeres de los sabinos. Éstos ofendidos entablaron un feroz combate, al cual se pone término por la mediación de las propias ofendidas quienes aceptan a los nuevos maridos. *De la fusión de estas dos*

razas (**latinos y sabinos**) *nace el vigoroso pueblo romano.* Rómulo concluyó entonces la paz con los sabinos, concediéndoles la ciudadanía y asociando al poder a su rey **Tito Tacio.**

4. LA MONARQUÍA

El período monárquico se extiende desde la fundación de Roma en el año 753 a.C., hasta el año 510 a.C.[24], durante esta época **Roma** empieza a desarrollarse, era un pueblo formado por mercaderes, comerciantes, pequeños granjeros y agricultores que ocupaban una reducida extensión territorial aproximadamente 450 Km. cuadrados, se asentaron en la región del **Lacio.** La agricultura y la ganadería son el fundamento económico vital del pueblo de Roma, así como la base de su estructura social. Un sentido rural, agrícola, impregna toda la vida espiritual de este pueblo, su religión, sus costumbres, lenguaje, arte, política y Derecho[25].

En el trascurso del siglo VII a.C., la naciente ciudad fue conquistada, por los *etruscos*, a éstos correspondió transformar el modesto núcleo de agricultores y pastores en una **Ciudad-Estado** provista de sólidas murallas, con una floreciente producción artesana e intensos intercambios comerciales. No es posible determinar con exactitud en qué medida Roma sufrió la influencia etrusca. Tal vez fue una dominación directa, o acaso se trató de príncipes etruscos independientes.

Los etruscos dieron seguridad a la ciudad, la fortificaron rodeando las siete colinas (***el Capitolio, el Palatino, el Quirinal, el Aventino, el Viminal, el Esquilino*** y ***el Celio***) con un cinturón de murallas, sanearon los valles pantanosos mediante canales de desagüe (la cloaca máxima), terraplenaron el suelo, unieron riberas del Tíber con un puente Sublicio y levantaron en el Capitolio nuevos templos en honor a los dioses. *La dominación etrusca en Roma duró hasta a fines del siglo V a.C.*

Se acepta que la base étnica de la **Urbs Romana** fue aportada por tres pueblos: los ***ramneses*** o ***ramnes***, los ***titienses***, ***tities*** o ***ticies*** y los ***luceres***. Los primeros eran de raza latina y estaban bajo el mando de **Rómulo**; los segundos de raza sabina, eran subordinados de **Tito Tatio** y los terceros, los **lúceres**, los compañeros de Lucio Tarquino o en general los sucesores del rey (en etrusco: **lucumon**).

Dichos pueblos se agrupaban en tres diferentes tribus, cada una de las cuales se dividía en diez curias, subdivididas a su vez en gens.

---

[24] **Roma**, ***la civitas quiritaria*** *–**Quirites** es término con el que se nombran los antiguos ciudadanos romanos*, que no son sino los ***patricii*** o miembros de las ***gentes patriciae***- surge tras un largo proceso de integración política.

[25] KASER, Max, op. cit., pg. 6.

4.1. ORGANIZACIÓN SOCIAL: LA GENS, LOS PATRICIOS, LOS PLEBEYOS, LOS CLIENTES y LOS ESCLAVOS

La organización social del Lacio primitivo se presenta ya en una forma patriarcal claramente señalada. El pueblo romano era desde tiempos inmemoriales una *asociación de clanes* -***gens*** o ***gentes***- que vivían en una economía cerrada, es decir de comunidades primitivas dedicadas principalmente a la ganadería. La explotación en común del ganado y los pastos contribuyó a la reunión de aquellos "pastores" en comunidades patriarcales y, por ellos el mismo suelo era considerado como propiedad común de la gens, su ***bien patrimonial*** o ***patria***. La propiedad privada, en los comienzos de la edad patriarcal, se limitaba al exceso de ganado, a las armas, joyas y utensilios domésticos, y a pequeñas huertas de *media hectárea* aproximadamente (***dos iugera***). La tierra no roturada, que no formaba parte de la propiedad de ninguna gens, se consideraba perteneciente a todo el pueblo -***ager publicus***-; los miembros de cualquier gens podían proceder a su ***occupatio*** para roturarla convirtiéndola en su ***possessio***[26].

Las tribus como hemos visto se dividían en *diez curias* cada una subdivididas a su vez en gens. **La gens** se constituía por el parentesco y agrupaba familias que procedían de un tronco común. La jefatura de la gens residía en el ***pater familias*** (el señor, el más viejo), cuya autoridad patriarcal estaba impregnada de un carácter tanto judicial como religioso.

Sus hijos se denominaban ***patriccii*** y estaban supeditados dentro de la *gens*, al ***paterfamilias***, pero fuera de ella gozaban de todos los derechos particulares, cada *gens* se identificaba por un elemento común a sus componentes el ***nomen gentilitium***, teniendo en cuenta su origen común derivado del de su antepasado: los *Julios* descendientes de **Julo**, los *Claudios* descendientes de **Claudio**.

Las gentes tenían pues, sus dioses, sus recursos propios y sus autoridades, sus miembros nobles, los patricios y sus miembros subordinados, los clientes.

La familia romana era, como la griega, una unidad religiosa, cimentada en el culto de los antepasados. Nació por desprendimiento de la *gens*, organizada bajo la absoluta autoridad del ***paterfamilias*** o ***pater***. *En la época primitiva gens y familia eran sinónimas.* Después subsistieron simultáneamente perdiendo importancia la *gens* en la medida en que la adquiría la familia. Los antepasados de la familia, como el ***genius*** de la *gens*, eran reputados seres divinos, a los que se adoraba con el nombre de ***manes***.

---

[26] V. DIAKOV, *Historia de la Antigüedad -ROMA-*, versión española de Guillermo Lledó, Editorial Grijalbo, S.A., México, 1966, pg. 50.

La sociedad romana, estaba dividida, desde sus orígenes, en dos clases muy desiguales en derechos y obligaciones: ***los patricios y los plebeyos***.

LOS PATRICIOS

Constituían una *clase noble, poderosa y rica*, cuyos miembros se consideraban descendientes de los fundadores y primeros pobladores de Roma. *Sólo los patricios eran verdaderos ciudadanos romanos*, sólo ellos podían intervenir en la elección de magistrados y desempeñar los cargos importantes del gobierno, así como cargos sacerdotales. Tenían gran poder económico, porque eran propietarios de extensos y ricos predios. Por su linaje y riqueza formaban una clase nobiliaria totalmente cerrada para los extraños.

CABALLEROS

Los Caballeros no formaban al principio orden particular en el Estado, porque cuando **Rómulo** dividió el pueblo en tres Tribus, tomó de cada una de ellas cien jóvenes los más distinguidos por su nacimiento, por su caudal y por sus demás cualidades para que sirviesen a caballo y para que guardase su persona, y les dio el nombre de **Celeres** (*ligeros*), ad opera veloces, **Dion**, y los dividió en tres centurias, que tomaron los nombres adoptados para la división de las tres Tribus: ***Rhamnenses***, ***Titiense*** y ***Luceres***. El número de caballeros se aumentó con los reyes sucesivos Tulio Hostilio y Tarquino el Antiguo.

Servio Tulio creó diez y ocho centurias de Caballeros: formó las doce centurias nuevas de los ciudadanos más distinguidos del Estado, y las seis restantes con las tres que Rómulo había establecido al principio. Se dieron diez mil libras de monedas de cobre a cada una de ellas para compra de caballos, y la contribución de las viudas se destinó exclusivamente para mantenerlas, Tito Livio.

No se sabe con certeza el tiempo en que comenzaron los Caballeros a formar orden separado de los otros del Estado; pero parece que fue antes de la expulsión de los reyes, **Tito Livio**. La elección se hacía ordinariamente por el Censor, que a nombre del Senado presentaba al agraciado con un anillo de oro y un caballo mantenido a costa del Estado. *Los Caballeros eran patricios o plebeyos indistintamente*, y trataban de ***illustri***, ***espetiosi***, ***splendidi***, a los que descendían de las antiguas familias. No había número fijo de caballeros; pero podían serlo a los diez y ocho años, **Dion**.

Los distintivos de los Caballeros eran: 1. *El caballo*, que les daba la República, y que por esta razón es llamado *legítimo*; 2. *El anillo de oro*, de donde proviene la expresión ***anillo aureo donari*** por ***inter équites legi***; 3. El ***angustus clavus*** o *la* ***túnica angusticlavia***, y el asiento señalado en los espectáculos públicos, conforme a la ley que hozo adoptar.

Las obligaciones de los caballeros (***Munnus***), al principio se reducían a servir en el ejército; pero posteriormente sirvieron también de *Jueces* o de *Jurados* (***ut Judicarent***) y de arrendadores, de las rentas públicas, ***vestigalia conducere.*** Los jueces habían sido Senadores hasta el año 631 de Roma; pero ya entonces la corrupción de este orden hozo que se concediese a los Caballeros el poder de juzgar, en virtud de la **Ley Sempronia**; mas esta prerrogativa se devolvió al Senado por **Sila**, y últimamente se dividió entre ambas órdenes.

Todos los años se hacía el 15 de julio (***idus quintilibus***) una cabalgada de Caballeros (***transvectio***), que hacía muy brillante a este orden, **Tito Livio**. Salían del Templo de Marte o del Honor, que estaba situado extramuros del Pueblo, e iban a caballo al Capitolio, llevando en la cabeza una guirnalda de olivo, vestidos con toda de color escarlata (***togœ palmatœ*** o ***trabeœ***), y traían en la mano los distintivos militares que habían recibido de los **Generales** en premio de su valor, **Dion**[27].

LOS PLEBEYOS

Todos los romanos que no pertenecían al orden de los patricios o al de los caballeros, se llamaba **plebe** o **pueblo**, ***Plebs*** y ***Populos. Algunas veces la palabra Populos*** designa *toda la nación*, como ***clementia romani populi***, o todo el pueblo, excepto el Senado, ***Senatus populusque romanus***; ***Plebs*** significa comúnmente las clases inferiores del pueblo, de donde proviene ***ad populum plebemque referre. Plebs eris, id est, unus ex plebe*** *serás Plebeyo, pero no Caballero.*

Era la clase inferior de la población, formada por los habitantes de los territorios vecinos conquistados, los clientes desertores y los extranjeros que afluyeron a Roma atraídos por el creciente desarrollo de la ciudad del Tíber. Los plebeyos eran tratados como extraños, no tenían participación alguna en la vida cívica romana. Constituían la masa, la muchedumbre, *ajena al* ***populus romano*** propiamente dicho.

Los plebeyos se hallaban en un penoso estado dependencia respecto al patriciado. Eran, por lo general pequeños agricultores- ***Plebs rustica***-, algunos de los cuales ejercían además oficios artesanales o se ocupaban del comercio en pequeña escala -***Plebs urbana***-. La ***Plebs rustica***, sin pastos y sin tierras de labor, se veían obligados a tomar en arriendo parcelas del ***ager publicus*** que les eran arrendadas por los patricios, únicos por quienes eran accesibles dichas tierras. A cada mala cosecha, invasión devastadora u otra calamidad, el arrendatario plebeyo, reducido a la condición de deudor insolvente, se convertía en esclavo de su acreedor.

[27] **ADAM** Alejandro; ***Antigüedades Romanas***; Tomo I, Imprenta de Cabrerizo, Valencia, 1854, pg. 61 a 66.

El Pueblo que vivía en el campo, ***Plebs rustica***, era la más apreciada (***optima et modestíssima***), ***laudatíssima***. El que habitaba en la ciudad, ***Plebs urbana***, se componía de ciudadanos pobres, cuya mayor parte no tenía oficio ni granjería ninguna; y *vivían solamente de las liberalidades públicas y particulares. En los últimos tiempos de la República se les distribuían cantidades inmensas de trigo, comprado a costa del Erario*; de modo que cada individuo recibía una fanega y dos celemines por mes, **Salustio**. Su ocupación principal era ir siguiendo a los Tribunos y Magistrados populares cuando iban a las juntas. De aquí recibieron el nombre de Tribu Forense, ***Tribus forensis***[28].

Los plebeyos no conocían el culto a los antepasados; su divinidad principal era ***Ceres***, la diosa de la fecundidad, cuyo templo se elevaba fuera de las murallas de la ciudad, en el **Aventino**.

Como se verá más adelante, los plebeyos, a costa de largas luchas, llegaron a conquistar los derechos que los patricios les negaban.

LOS CLIENTES

Rómulo, con el objeto de unir los Patricios a los Plebeyos con lazos más estrechos, mandó que cada **Plebeyo** escogiese para sí un **Patricio** *por patrono o protector*, de quien se llamaría **Cliente** (***quod eum colebat***). La obligación del **Patrono** consistía en ayudar a su cliente, aconsejándole y apoyándole, en socorrerle en sus desgracias y necesidades, y finalmente en hacerle todos los oficios de padre, como si el cliente fuese verdaderamente su hijo. El **Cliente** por su parte estaba obligado a respetar a su patrono con todas sus acciones, y en caso necesario a mantenerle a costa de sus bienes y aun de su vida.

Estaba prohibido a los Patronos y a los Clientes el acusarse o ser testigos uno contra otro; y si se sabía que uno había quebrantado esta prohibición, podía ser muerto impunemente por cualquier ciudadano, como víctima consagrada a **Plutón** y a los dioses infernales. Esta institución originó una emulación recíproca de afecto y de fidelidad entre Patronos y Clientes; y si durante más de seiscientos años apenas se vio cosa que manifestase disgusto entre ellos[29].

Los clientes estaban vinculados a los patricios, pero dependían de ellos. Eran hombres libres pero sin linaje, que vivían bajo la protección de un patricio al que llamaban *patrono*, y al que debían obediencia y servicio.

La relación de patronos y clientes creaba derechos y obligaciones recíprocas; el cliente debía acompañar al patrón en la guerra, ayudarle en cualquier circuns-

[28] **ADAM** Alejandro; ***Antigüedades Romanas***; Tomo I, op. cit. pg. 65 a 70.
[29] **ADAM** Alejandro; ***Antigüedades Romanas***; Tomo I, op. cit. pg. 72 y 73.

tancia, trabajar sus tierras, y sobre todo serle incondicionalmente fiel; el patrono a su vez debía proteger al cliente, defenderlo en los tribunales, asegurarle la subsistencia, y considerarlo como miembro de la familia, si bien de categoría inferior.

La clientela perdió importancia a medida que aumentó en Roma el número de plebeyos, muchos clientes abandonaron a sus patrones incorporándose a la plebe que luchaba por la obtención de sus derechos y garantías.

LOS ESCLAVOS

Los esclavos contribuían al bienestar de sus amos patricios con su trabajo. En Roma primitiva, los esclavos eran muy escasos, eran considerados como propiedad de la familia y se les encargaba el cumplimiento de tareas domésticas. Cuando Roma se enriqueció con las conquistas, los esclavos aumentaron y llegaron a ser una parte importante de la población y un elemento básico de la economía romana.

En Roma había continuamente un mercado de esclavos; los que hacían este comercio (***mangones vel venatici***, **Cicerón**, ***Oratoria***, ***qui venales habebant***. Los que traían de diferentes partes). El vendedor debía salir garante de la docilidad de sus esclavos, y no ocultar ninguno de sus defectos, y por eso los presentaban desnudos con un letrero (***titulus vel inscriptio***) en el cuello, en que se expresaban sus buenas o malas calidades. Si el vendedor había puesto alguna cosa falsa en el letrero, estaba obligado a resarcir al comprador los daños que hubiesen provenido de esto; y también algunos casos a volver a recibir al esclavo. Los esclavos de que el vendedor no quería salir garante llevaban una especie de gorro o sombrero.

Los esclavos que venían de ultramar, les ponían en los pies unas marcas hechas con greda; y los agujereaban las orejas. Algunas veces se vendían los esclavos con la condición que si no acomodaban al comprador, se le devolverían al amo dentro de un término fijo.

Los esclavos no se ocupaban solamente en los trabajos domésticos, se empleaban también en el comercio y en las fábricas. A los que manifestaban talento les enseñaban la literatura y las artes liberales, y los esclavos que las sabían se vendían comúnmente a muchísimo precio.

Llamaban **pedagogos**, ***pedagogi***, a los esclavos empleados en llevar los niños a la escuela, y ***pedagogium***, el lugar donde se enseñaba a leer a los esclavos jóvenes.

Las haciendas rurales de los ricos se cultivaban la mayor parte por los esclavos, principalmente en los últimos tiempos.

El amo entre los romanos tenía un poder ilimitado sobre sus esclavos, tanto que podía a su arbitrio condenarlos a ser azotados y aun a muerte, Abusaban de esta facultad con tal crueldad, especialmente en los tiempos de corrupción de la República, que se hicieron muchas leyes para restringirla. *El látigo* era el instrumento con que castigaban más frecuentemente a los esclavos. *Por ciertos crímenes los marcaban en la frente con un hierro ardiendo*, y algunas veces les ponían al cuello una especie de yogo de madera (***furca***).

A los esclavos condenados a muerte, por lo común los *crucificaban*; pero este suplicio se abolió en tiempo de Constantino[30].

4.2. ORGANIZACIÓN POLÍTICA: EL REY, EL SENADO Y LOS COMICIOS

En la Roma monárquica el poder político estuvo integrado por tres órganos: **El Rey (*rex*), el Senado y la Asamblea del Pueblo (*comicio*).**

La primitiva monarquía romana, no era una *monarquía absoluta*. El Rey ejercía una autoridad que le era delegada por los patricios, porque la soberanía, el poder residía en ellos.

El soberano era vitalicio. Las atribuciones del Rey fueron: la de detentar el mando político y militar supremo, la administración económica de la ciudad, ejecutar los ritos propios de las divinidades de la ciudad como Sacerdote Supremo y Máximo intérprete de la voluntad de los dioses; es juez todopoderoso, jefe supremo del ejército, comanda las legiones; proyectaba las leyes que luego serán votadas en los comicios.

Tenía *funciones políticas* que le daban derecho a organizar el Estado convocando y presidiendo los comicios y designando a los miembros del Senado.

En un principio el Rey era elegido por representación popular, y posteriormente designado por su antecesor contando con la aprobación del Senado.

En caso de fallecimiento del Rey, **el Senado** tenía la potestad de nombrar un ***inter-Rex***, mientras se elegía a su sucesor definitivo. Los miembros del Senado, por turno de cinco días, ejercían el poder (***inter-Rex***), hasta que uno de ellos, después de haber interrogado a los dioses y consultado a los augures, fuera designado como nuevo Rey.

El nuevo Rey, hacía una solemne declaración al pueblo reuniendo en asamblea, declaración que se denominaba ***lex curiata***, quedando investido del ***Imperium***.

---

[30] ADAM Alejandro; ***Antigüedades Romanas***; Tomo I, op. cit. pg. 84 a 91.

Según la tradición, los reyes gobernaron Roma hasta el año 510 a.C. de los siete cuyos nombres se han conservado, únicamente los tres últimos: **Tarquino Prisco** (el Antiguo), **Servio Tulio** y **Tarquino II el Soberbio**, pueden ser considerados como personajes históricos, encontrándose los nombres de algunos en las inscripciones etruscas. Sus cuatro predecesores: **Rómulo, Numa Pompilio, Tulio Hostilio** y **Anco Marcio**, *pertenecen a la esfera del mito*[31] y *la historia de sus reinados forma parte de la leyenda.*

RÓMULO

Rómulo Según la leyenda fue **hijo de Rhea Silvia y del Dios Marte**, descendía por línea materna del héroe Eneas y por línea paterna corría sangre divina. Se le atribuye la fundación de Roma, ocurrida el día 11 antes de las *calendas* de mayo o sea el 21 de abril del año 753 o 754 a.C.

Fundada la ciudad, Rómulo distribuyó a la gente útil para las armas en unidades militares de 3000 infantes cada uno, más 300 jinetes, y les llamó ***legiones*** entre los más aptos. Después trató a los demás como un solo pueblo y escogió de entre ellos 100, a los que nombró ***patricios***, y a este grupo se le denominó **Senado**[32].

Los sabinos enojados porque los romanos les habían raptado a sus hijas sostuvieron al cabo de dos años una larga guerra que terminó cuando las mismas sabinas mujeres de los romanos se interpusieron entre ambos, derramando lágrimas con el cabello en desorden y mostrando a sus hijos de tierna edad, de esta manera se hizo la paz habitando ambas razas en la misma ciudad.

Al morir su abuelo **Numitor**, le correspondió el reino de Alba Longa, y elegía cada año un gobernador para los albanos. Pero Rómulo después de obtener algunos triunfos militares en su gobierno, se volvió altanero y tirano, que disgustó al Senado. Por eso la muerte de Rómulo cuyas causas no son conocidas, fue interpretada por muchos como una venganza privada del Senado, sin embargo es posible que fuese debido a intervención de los dioses, porque *Rómulo desapareció repentinamente sin que se encuentre por ninguna parte su cuerpo ni un jirón de su vestido*[33]. **Rómulo** fue elevado a la categoría de dios y adorado con el nombre de ***Quirinus*** y **el Monte donde se construyó un templo** en su honor se llamó ***el Quirinal.***

---

[31] V. DIAKOV, op. cit. pg. 54.

[32] PLUTARCO, *Vidas de Grandes Hombres*, Sexta Edición, Editorial Mateau, Barcelona, 1961, pg. 36 y 37.

[33] PLUTARCO; *Vidas de Grandes Hombres*, op. cit. pg. 41.

NUMA POMPILIO

El sabino **Numa Pompilio**, fue un soberano pacífico, completó la figura del fundador. ***Inspirado por la ninfa Egeria organizó la vida religiosa y civil de la nueva ciudad.*** La justicia se fundó en los dioses y el hogar se colocó bajo el amparo de los dioses ***lares***[34], los sepulcros gozaban del cuidado de los ***dioses manes***[35].

En la esfera político-social, distribuyó el pueblo en gremios de oficios por medio de los **Collegias** o corporaciones.

Estableció la lex Regia de Imperio que confería el ***Imperium*** y las ***Potestas*** a los Magistrados.

Si por algún motivo abandonaba la ciudad de Roma, e investía como depositario, en calidad de Rey al ***Praefectus Urbi.***

El absolutismo de su administración, lo elevaron al *rango de divino*, lo esplendoroso de su majestad real llevó a Numa a correr las calles en un carro previsto de una silla llamada *curul*, se cubría con una *toga* de color púrpura y adornaba su cabeza con una corona de hojas de roble. A su cortejo precedía siempre un grupo de ***lictores***[36] o ***portadores de un haz de varas y un hacha*** conjunto este que se conocía con el nombre de ***fasces***[37] que *simbolizaba la autoridad y el poder sobre la vida.*

Numa Pompilio fue el primero que implantó el año de 12 meses regido por el ciclo lunar, reformando el calendario.

Instituyó los principales colegios sacerdotales y la construcción del templo de Jano[38]. Creó el cargo de los ***fláminis***, que eran ***dial, marcial y quirinal***, *a los que*

---

[34] *Lares.* Dioses domésticos hijos de Júpiter y de Larunda se les venera en las casas en forma de pequeñas estatuas. También había *lares públicos* protectores de los caminos.

[35] *Manes.* Las almas de los muertos. El nombre significa "los buenos"; más tarde adquirieron el rango de dioses. Habitaban la tierra durante tres días al año solamente.

[36] **Lictor.**- Oficiales subalternos que precedían al monarca y a los cónsules, así como con posterioridad a los gobernadores de las provincias, cuando asistían a las ceremonias públicas portando las fasces. Faustino Gutierrez-Alviz y Armario; Diccionario de Derecho romano, Editorial REUS, S.A., Madrid, 1982.

[37] **Fasces o fascis.** Haces de varas atados, con un hacha por insignia de los pretores urbanos, procónsules, pretores provinciales, cónsules y dictadores.

[38] **Jano.** Mit. romana. Rey del Lacio, hijo de Apolo y la ninfa Creusa. Acogió en sus estados a Saturno cuando fue arrojado del cielo. Este, agradecido le otorgó el don de conocer el pasado y el futuro. Por ello se le representaba con dos caras y hasta con cuatro, y con una llave en una mano y una varita en la otra. Tenía un templo en Roma

encomendó el culto a **Júpiter**, **Marte** y **Rómulo**; estos funcionarios debían ser elegidos entre los patriarcas. *Instituyó los sacerdocios de los Salios y de las Vestales.*

Los Salios, eran sacerdotes destinados al culto de Marte y cuidaban la guarda del broquel o escudo del dios, escudo que tenía por símbolo de la grandeza de Roma.

Las Vestales, se tomaron de los etruscos en un principio fueron dos y posteriormente seis, las Vestales eran escogidas por el Pontífice Máximo entre niñas cuyas edades fluctuaban de los 6 a 10 años, *cuya obligación principal era conservar la virginidad por espacio de 30 años*. Los 10 primeros debían dedicarlos a la iniciación de los misterios y sacrificios de la diosa **Vesta**[39]; los 10 siguientes se destinaban a cuidar de los sacrificios y los últimos 10 años eran dedicados a la enseñanza. Pasados esos 30 años, las vestales podían casarse.

Las vestales vivían en el templo de Vesta y económicamente eran sostenidas por el Estado. Cuidaban permanentemente el fuego sagrado en el área de la diosa Vesta, porque se creía que si se apagaba, sobrevendría una calamidad pública. De ahí que el descuido de las Vestales era penado severamente. Además de la conservación de este fuego, cuidaban de los objetos misteriosos, de los cuales suponían los romanos que dependía la salvación de la urbe. Tales objetos eran el escudo de Marte, el Paladión, el cetro de Príamo, el carro de Júpiter, las cenizas de Orestes, la piedra cónica, el velo de Helena o de **Ilione**[40].

TULIO HOSTILIO

Tercer rey de Roma, ciudadano romano, sucedió a Numa Pompilio, según la tradición concluye el período de la fundación, y empieza el del desarrollo. Se distinguió por su *espíritu guerrero, declaró la guerra a la ciudad de Alba Longa* que le disputaba la supremacía en el Lacio, y la venció definitivamente.

El encuentro se llevó a cabo previo acuerdo de ambas partes mediante un contrato singular entre tres guerreros romanos los Horacios y tres albanos, los Curiacios. En el primer encuentro resultaron muertos dos Horacios, quedando heridos los tres Curiacios. El tercer Horacio fingió huir, y como sus tres enemigos se sepa-

---

cuyas puertas estaban cerradas en la paz y abiertas cuando había guerra. Diccionario de la Mitología Mundial, EDAF, Madrid, 1984.

[39] **Vesta.** Diosa del hogar y del fuego. Era hija primogénita de Cronos y de Rea. Diosa virgen, personificación del hogar y protectora de la vida doméstica. En Roma su culto fue instituido por el rey **Numa**.

[40] IGNACIO MORALES, José; *Derecho Romano*, 2da. Ed., Editorial TRILLAS, México, 1987, p. 20.

raron para perseguirle, logró darles muerte uno por uno; resultando victorioso por esa astucia. *Roma destruyó Alba Longa, e incorporó sus territorios a su patrimonio*[41].

Consecuencia de la caída de Alba Longa y de la translación de los nobles a Roma, formando una nueva tribu, fue la preponderancia que en ella adquirieron el elemento latino sobre el sabino, el elemento monárquico sobre el sacerdotal. No asistió éste pasivamente, por cierto a semejante alteración del eje social. De su hostil reacción nos dan cuenta los cargos que a los sacerdotes mereció Hostilio por haber descuidado las ceremonia religiosas de Numa; los vaticinios que se le hicieron sobre la venganza celeste; su propia muerte violenta y su sucesión en el trono por **Anco Marcio**, pruebas todas de que aquella reacción sacerdotal triunfó al principio hasta caer después y para siempre, vencida, con el advenimiento de los tarquinos[42].

Desde la época de Tulio Hostilio, *la caballería fue considerada como una fuerza puramente militar*; no representaba categoría social alguna ni tampoco tenía influencia política. Estaba integrada por patricios y plebeyos. Pero ***los caballeros***, que más tarde desempeñaron un importante papel en los destinos de Roma se denominaron ***quirites.***

El uso de dicha palabra comienza después de la transacción o convenio celebrado entre romanos y sabinos que los llevó a reconocerse con el nombre común de ***Populus Romanus Quiritium.***

ANCO MARCIO

Era de *procedencia sabina,* llegó al trono a la muerte de Tulio Hostilio, nieto de Numa Pompilio. *Elevado al trono por haber restablecido el cumplimiento de la ley divina por su predecesor olvidada,* se vio obligado a emprender, una serie de guerras contra los pueblos vecinos especialmente contra los latinos, ensanchando sus dominios a favor de Roma.

Se le atribuye la construcción de importantes obras públicas como: fundación de la **ciudad de Ostia**, en la desembocadura del Tíber, su puerto es a la vez centinela de la costa latina, que le abrió el camino a la expansión comercial; fortificó la colina del Janículo, al otro lado del Tíber, para poner a Roma a salvo de los ataques etruscos; construyó el puente del Suplicio sobre el Tíber que ponía en comunicación con la Etruria. También mandó edificar la cárcel Mamertina, en las faldas del Monte Capitolino.

---

[41] GUEVARA ESPINOZA, Antonio; ***Roma y Edad Media,*** 4ta. Ed. Editorial Talleres Gráficos de la Editorial Antonio Lilli, S.A., Lima, pg. 29.

[42] BERTOLINI, Francisco; *Historia de Roma,* Tomo I, Editora Nacional, México, 1966, pg. 40.

TARQUINO EL ANTIGUO O TARQUINO PRISCO

Según la leyenda el primer soberano *de origen etrusco*, sucesor de Anco Marcio. Hijo de **Demarato**, noble corintio exiliado, se trasladó a Roma con su ambiciosa e inteligente esposa **Tanaquila** que le ayudó a hacerse con el poder, conspirando en perjuicio de los hijos de Anco Marcio. *Llegado al trono, Tarquino, aumentó el prestigio de la monarquía, venciendo a sabinos y latinos.*

Inició ambiciosas obras públicas: convierte la planicie en el lugar de reunión política de la ciudad y le llama ***Forum***, espacio muy parecido al que **en Grecia** se llamaba ***Agora***. *Edifica un templo en el Monte Capitolino dedicado a Júpiter*, construye un canal subterráneo que aún existe llamado *Cloaca Máxima*, que permite la salida de las aguas del Forum, las cuales hasta la construcción de dicho drenaje formaban extensos pantanos, el Circo Máximo.

Dictó disposiciones a favor de las clases inferiores (minores gentes). En lo político introdujo las gens plebeyas con el nombre de ***minores gens***.

SERVIO TULIO

A la muerte de Tarquino, su yerno **Hastarno** es proclamado rey y cambia su nombre por el de ***Servio Tulio*** (578-534 a.C.).

Es un personaje muy complicado y de notable relieve en el desarrollo de la primitiva historia de Roma, para algunos especialistas es de estirpe etrusca, para otros latina o romana.

Según la tradición *amplió el territorio de Roma hasta incluir en él* "**siete colinas**" (***Palatino, Capitolio, Celio, Aventino, Quirinal, Viminal** y **Esquilino***), que protegió con un sólido recinto amurallado los llamados *"muros servios"*.

Al tratar de controlar al pueblo en su totalidad, *hizo ingresar a la plebe en la vida política*. Para conseguirlo dividió el territorio de Roma en cuatro regiones y atendiendo al domicilio, los colocó en clases según la fortuna de cada uno, cuyo monto debían declarar bajo juramento, según el censo. Formó 193 centurias en atención a las obligaciones militares. Organizó 4 tribus urbanas y 31 rústicas.

Levantó en el Aventino un santuario a Diana[43], convirtiendo la ciudad en centro de atracción político y religioso para muchas comunidades latinas.

---

[43] **Diana**. Diosa de la caza. Una de las grades divinidades, representaba a la luna. Es la Artemisa griega.

TARQUINO EL SOBERBIO

Llegó al poder tras haber dado muerte a Servio Tulio (con cuya hija **Tulia** había casado), apodado ***El Soberbio*** por su carácter orgulloso y por haber dado muerte a su predecesor según la leyenda. *Tarquino el Soberbio gobernó de manera arbitraria*, sin consultar a los representantes de las familias nobles de Roma, que siempre habían ejercido gran influencia política, por el contrario a semejanza de los tiranos griegos, *favoreció a la clase popular llamada plebe en detrimento de los nobles llamados patricios.* No obstante sus éxitos militares conseguidos sobre los pueblos vecinos, las arbitrariedades y excesos cometidos produjeron una violenta reacción en los patricios que se sintieron lesionados en sus privilegios.

El pretexto para la rebelión general fue el ultraje inferido por el hijo de Tarquino, **Sexto**, a la noble **Lucrecia**. *La rebelión capitaneada por el marido de aquélla*, **Lucio Tarquino Colatino**, en unión de **Junio Bruto** y **Publio Valerio Publícola**, *concluyó con la expulsión de Roma del soberano*, y con el establecimiento de un gobierno republicano (510-509 a.C. según la tradición).

EL SENADO

El Rey, soberano vitalicio está asistido por el ***Senatus***[44]. Nacido como órgano asesor del rey, *integrado por un grupo de ancianos*, también llamados ***patres***, que por ser miembros de avanzada edad, eran los de mayor criterio, experiencia y responsabilidad.

El Senado era, pues, un órgano permanente de gobierno, al cual el rey estaba obligado a consultar todas las decisiones relativas a los negocios públicos. *Este órgano nace en tiempos de Rómulo y prolonga su existencia hasta el Bajo Imperio.*

Dentro de las *facultades* del Senado destaca la del ejercicio de la ***auctoritas patrum***, es decir la ratificación de las leyes y elecciones tomadas en asambleas populares. También emitía resoluciones de carácter legislativo que recibían en nombre de ***Senatus Consultus***, las cuales eran obligatorias en el derecho público, pero no tenían fuerza de ley en el derecho privado.

Muerto el rey, los **Patres** ejercen el poder por tiempo de cinco días cada uno, hasta que el pueblo aclama y presta obediencia al nuevo monarca -***Lex Curiata de Imperio***-, designada por el predecesor y éste es el patricio romano en materia de sucesiones o por el ***Inter Rex*** de turno, si es que el anterior rey no proveyó a la designación.

Según la tradición este órgano estaba integrado en un principio por cien ancianos, con el aumento de la población su número se fue elevando gradualmente a trescientos, elegidos en forma vitalicia, cada uno jefe de una de las gens.

---

[44] Senado. Viene de ***senex*** que significa anciano.

LOS COMICIOS

Los comicios eran asambleas en las que el pueblo ejercitaba sus derechos. Las asambleas se reunían en una parte del ***Foro*** llamada ***Comitium***.

Inicialmente había tres clases de comicios: los comicios por curias y los comicios por centurias, posteriormente se estableció los comicios por tribus.

Comicios por Curias

Estas asambleas del pueblo o ***populus romano*** estaba organizada por *curias*, existentes desde la época monárquica, en la que la población patricia se agrupaba en *treinta curias* que correspondían diez para cada una de las tres tribus que conformaban el antiguo pueblo romano.

La votación en estos comicios era indirecta, es decir el voto se efectuaba por curia y en cada una de ellas por individuo; si dentro de las treinta curias votaban dieciséis en el mismo sentido, la propuesta sería aprobada.

La leyenda le asigna funciones legislativas, electivas y judiciales. En la época histórica conservan como funciones la ***aprobación del testamento comicial***, la ***adrogatio***, la ***coaptatio*** o agregación de una nueva gens a la ciudad y la ratificación o investidura de los magistrados designados.

Dentro de las funciones legislativas se les atribuye la votación de leyes a propuesta del rey y después eran convalidadas por el Senado. Declaraban la guerra y contrataban la paz; se reunían dos veces al año en días declarados ***fastos*** *o hábiles* por los augures.

Cuando las asambleas eran convocadas por un *calador*, bajo la presencia del pontífice máximo para intervenir en la celebración de la ***adrogatio***, *testamento* o ***detestatio sacrorum***[45] se denominaban ***comitia calata*** o *comicios calados.*

Comicios por Centurias

Tarquino el Antiguo en su reinado tuvo problemas de reclamo por los plebeyos, quienes reclamaban iguales derechos a los que gozaban los patricios, pero las ideas unificadoras de este rey fueron rechazadas por los patricios; su sucesor SERVIO TULIO, estableció reformas que van a repercutir en el futuro de Roma: *Estableció los comicios por centurias*; dividió a la población urbana en 4 tribus y al campo en 16 que después aumentaron a 31; *estableció el censo obligatorio* que comprendía el número y nombre de las personas de cada familia y el monto de su fortuna, que se celebraba cada 5 años.

---

[45] ***Detestatio Sacrorum***. Renuncia del culto privado, ceremonia que tenía lugar ante la *comitia curiata* con ocasión de una *adrogatio*.

Conocidos los resultados del censo, dividió a los ciudadanos según su fortuna en 5 *clases*:

a. ***Primera Clase***, más de 100,000 ases[46] Ochenta Centurias.
b. ***Segunda Clase***, más de 75,000 ases Veinte Centurias.
c. ***Tercera Clase***, más de 50,000 ases Veinte Centurias.
d. ***Cuarta Clase***, más de 25,000 ases Veinte Centurias.
e. ***Quinta Clase***, más de 10,000 ases Treinta Centurias.

Existía además 18 Centurias formadas por ***caballeros*** (***equites***) que presentaban servicio militar, reclutados entre patricios, independientemente de la fortuna que tuvieran y que ocupaban la posición más alta de la pirámide social. Se agregaban 5 Centurias conformadas por individuos económicamente más débiles, que ocupaban la posición más baja, su fortuna era inferior a los 10,000 ases, 2 de las cuales correspondía a los **artesanos**, 2 a los **músicos** y una **de soldados no armados**.

En definitiva se forma un nuevo ejército compuesto ya no sólo por patricios, sino también por plebeyos, se establece el pago de impuestos en forma proporcional y equitativa.

Los comicios por centurias -***comitia centuriata***- se reunieron en el **Campo de Marte** y la unidad de voto era la *centuria*, la votación se realizaba como en los comicios por curias en forma indirecta, pero primero votaban loas centurias de caballeros, luego las de la primera clase y así sucesivamente.

Las leyes votadas en la ***comitia centuriata*** requerían la aprobación o convalidación del Senado -***auctoritas patrum***-.

4.3. FUENTES FORMALES DEL DERECHO EN LA MONARQUÍA

En la época monárquica, el pueblo romano se caracterizó por la sencillez de la vida económica de una *comunidad de tipo agrícola y ganadera*, con un derecho de tipo campesino de ámbito nacional, creado fundamentalmente para ciudadanos romanos. ***Es un derecho consuetudinario***, en que *la costumbre constituye la fuente principal.*

Antes de la existencia del ***ius scriptum***, los romanos se regían por normas no escritas, creadas por la costumbre -***mores maiorum*** – costumbre de los ante-

[46] El primer ***aes signatun*** consistía en lingotes de bronce en forma cuadrangular de cinco libras de peso; para pesos menores era cortado en varias partes para utilizarlo como moneda fraccionaria. Al principio los ***aes signatu*** llevaban en cada cara la figura de un toro, un carnero o un cerdo, que recordaba las primeras transacciones en las que el valor se refería a una cabeza de ganado tomada como unidad (***pecus***) de donde toma su nombre el dinero (***pecunia***).- José Ignacio Morales, op. cit. pg. 25.

pasados, que se trasmitía oralmente de generación en generación practicándose durante largo tiempo en el mismo sentido o de manera uniforme, por eso es que *la costumbre constituyó la primera fuente formal del Derecho Romano.*

Sin embargo, **Dionisio de Halicarnaso** y **Pomponio** colocan en esta época a un cierto PAPIRIO a quien se mira como el autor más antiguo de investigación sobre el derecho romano hechas por un simple particular[47]. Otros han pensado que el derecho civil de **Papirio** descansaba en la tradición sola, y no versaba más que sobre ceremonias del culto.

Cuenta la leyenda que un Pontífice estudioso del derecho llamado **PAPIRIO** publicó una colección de leyes reales votadas en los comicios llamada ***Ius civile papirianum****, con la caída de la Monarquía, esas disposiciones cayeron en desuso.* No hay testimonios valederos o verosímiles que permitan tener por exactas las referencias de los antiguos sobre las leyendas reales, pues carecen de garantía de carácter histórico.

5. LA REPÚBLICA

5.1. GENERALIDADES

La República es la segunda época de la historia de Roma, duró alrededor de cinco siglos, entre los años 510 y 27 a.C., se inicia con la expulsión del monarca etrusco **Tarquino el Soberbio**, y termina cuando el Segundo Triunviro, **Octavio**, político victorioso con el nombre de **Augusto**, impuso su poder personal, inaugurando el régimen de gobierno conocido con el nombre de ***Imperio***.

Con la desaparición del poder absoluto de los monarcas etruscos, el gobierno se convirtió en "*cosa del pueblo*" -***res publica***- y el Estado Romano tomó por esta razón el nombre de ***República***.

Los primeros tiempos de la República se caracterizaron por dos hechos: la lucha contra los enemigos exteriores y el conflicto entre plebeyos y patricios a favor de la igualdad de derechos civiles y políticos, debido a que con la instauración del régimen el poder pasó a manos de los patricios. El gobierno del Estado se confió a magistraturas electivas, colegiadas y anuales.

Los patricios dominaban eternamente, la política romana. Sólo ellos intervenían en los comicios por curias; sólo ellos podían ser designados cónsules y sólo ellos ocupaban los cargos senatoriales, *los plebeyos* estaban totalmente excluidos de las posiciones gubernativas.

---

[47] **GUSTAVO HUGO**; ***Historia del Derecho Romano***, Establecimiento Tipográfico de D.R.R. de Rivera, Editor, Madrid, 1850, pg. 43.

Los años iniciales de la República fueron muy duros para la plebe, debido a las luchas incesantes que Roma sostuvo, en ese entonces con los propios vecinos del Lacio y de Etruria.

La continua obligación de emplear las armas produjo deplorables resultados económicos para los plebeyos que vivían del producto de sus pequeñas propiedades rurales, que para ir a la guerra dejaban de cultivarlas, viéndose obligados a efectuar préstamos con *intereses elevadísimos, que al no poder* pagar sus deudas el acreedor tenía derecho de apoderarse de sus tierras y aún de venderlos como esclavos.

La necesidad que tenían los patricios del auxilio militar de los plebeyos sugirió a éstos la idea de recurrir a la huelga militar y a la amenaza de deserción colectiva, como medio de corregir los abusos que sufrían, en el año 493 a.C. al regresar de una campaña militar victoriosa, los soldados plebeyos se negaron a volver a sus hogares y se instalaron en el **Monte Sacro**, situado a pocos kilómetros de Roma, expresando su deseo de fundar allí una nueva ciudad. Roma rodeada de enemigos, no podía aceptar la posibilidad de la secesión (separación) plebeya y en consecuencia el Senado tuvo que transar con los rebeldes.

La reconciliación entre la plebe y el Senado se logró gracias a la hábil oratoria de **MENENIO AGRIPA**, un influyente patricio que impuso cordura a los sublevados valiéndose de un sugestivo ***apólogo***[48]:

En cierta ocasión, les dijo, los miembros del cuerpo humano, cansados de trabajar en beneficio del estómago, cuya holgazanería les irritaba, resolvieron cesar en su actividad para castigar así tan injustificado ocio con el hambre. Pero muy pronto los miembros rebeldes se sintieron agotados y entonces comprendieron que la pereza del estómago era más aparente que real, pues si bien ellos eran quienes le entregaban alimentos, los asimilaba, creando así la energía necesaria para la vida de todo el organismo.

Plebeyos y patricios *concluyó* **Menenio Agripa**, *son, como los miembros y el estómago, dos partes de un mismo organismo, sin cuya colaboración y entendimiento no pueden existir* ***la salud y la fuerza de Roma.***

La comisión presidida por MENENIO AGRIPA con su apólogo, inclinó el ánimo de los insurrectos a la concordia, y el **Dictador Mario Valerio** fijó las condiciones de la paz, que fue con la intervención de los ***feciales***[49], *como en los pactos internacionales*. Este pacto fue llamado ***Legge Sacrata***, y el sitio en que se firmó **Monte Sacro**, declarándose malditos por ambas partes al que lo violase.

[48] Apólogo. Fábula de la cual se extraen consecuencias morales.

[49] Fesciales. *Fescialis*- fecial, sacerdote o legado del pueblo romano que intimaba la paz y la guerra.

Los fetiales eran ***magistrados-sacerdotes****, que tenían la tarea de representar al pueblo romano en todos los actos con relevancia jurídica internacional.* Los *fetiales* surgieron en Roma en el ***populus romanus***, compuesto de elementos diversos, y no fueron transportados de otras gentes; estos no fueron creados por ningún (Fector Resius). Pertenecen a una edad muy avanzada, cuando las formas legales sustituyeron a una forma de guerra hecha sin intimación. La introducción de esta institución en Roma se le atribuye a **Numa Pompilio, Tulio Ostilio, Anco Marzio**[50].

Las principales concesiones hechas a la plebe fueron la liberación de los esclavos por deudas no pagadas a su vencimiento, la devolución de las tierras arrebatadas por los acreedores y el reconocimiento del derecho de elegir, anualmente, dos representantes llamados *Tribunos* a los que se le otorgaron amplias facultades para defender a los plebeyos contra cualquier arbitrariedad o vejamen por parte de los patricios.

Con respecto a los enfrentamientos que libraron los romanos en el gobierno Consular, las más antiguas luchas se libraron contra ***los volscos*** y ***la etrusca Veio*** (ciudad), que llegó hasta el Janículo en su expansión hasta el Tíber.

En toda la península itálica se produjo movimientos, en la Italia meridional la presión de los ***sabélicos*** (familia que comprende a los *samnitas* o *sabinitas* y a los *sabinos* propiamente dichos) reducía las áreas de influencia griega y etrusca y en el Norte grupos de ***celtas*** establecidos en la llanura del Po, en la costa adriática, en el territorio que de ellos tomó el nombre de ***ager Gallicus***.

Paralelamente a las luchas contra los enemigos externos, se produjo graves enfrentamientos internos en parte debido a la rivalidad entre patricios y plebeyos.

La equiparación de los plebeyos con los patricios en el ambiente político y civil, sino en el, económico, pronto se convirtió en condición indispensable para la continuidad del Estado Romano. De esto tomaron conciencia ambas partes en litigio. Los plebeyos se dieron cuenta de cuán importante era su contribución, sobre todo en el ámbito militar para el mantenimiento y consolidación del Estado, mientras que los patricios, a su vez comprendieron que no podían prescindir de semejante colaboración.

Los plebeyos ricos no tuvieron que tolerar de verse excluidos de la plenitud de sus derechos y los pobres siempre bajo la amenaza de quedar reducidos a esclavos por las deudas, hicieron causa común desde el siglo V antes de Cristo y emprendieron la lucha para obtener la igualdad con los patricios.

---

[50] **Oyarce Yuzzelli**, Aarón; *Nuevas Tendencias del Derecho*, Universidad San Martín de Porres -Fondo Editorial, Lima, 2009, pg. 17 y 18.

En el año 494 a.C., los plebeyos obtuvieron el reconocimiento de nombrar sus propios jefes los ***Tribunos de la Plebe***, al principio 2 y más tarde 10, encargados de velar por sus derechos, en los siglos siguientes lograron la completa equiparación con los patricios.

Con el tiempo, los plebeyos reclamaron la redacción de un código de leyes escritas, y esta tarea junto con el gobierno del Estado, se confió sucesivamente a dos *colegios de decenviros,* el primero compuesto sólo de patricios, y el segundo de éstos y de plebeyos. El resultado de su obra fueron las ***Leyes de las XII Tablas.*** Éstas, aunque en su conjunto no favorecían a los plebeyos, al menos les aseguraban, en el campo del derecho privado y procesal, la igualdad jurídica (451-450 a.C.).

La ***Lex Canuleia*** del año 445 a.C., abolió la prohibición de celebrar el matrimonio entre las dos clases.

Años posteriores, los plebeyos conquistaron el derecho a ser elegidos para la dictadura (356), la censura (351), la pretura (337) y para el colegio de los Pontífices y Augures (300 a.C.).

LA CONQUISTA DE ITALIA

El arma de que dispusieron los plebeyos para lograr sus conquistas sociales y políticas fue la amenaza de abandona el servicio de las armas. Esta arma resultó eficaz porque, inmediatamente después de la revolución patricia del 509, los romanos se vieron amenazados por sus vecinos y tuvieron que apelar a toda su energía y a todos sus poderosos recursos para mantener a toda costa su independencia.

La suerte acompañó a sus armas, y no sólo consiguieron contener a los agresores sino muy pronto comenzaron a someterlos a su autoridad. Así, en el curso de los siglos V y IV, los romanos consiguieron afianzar su hegemonía sobre toda la Italia, proceso que quedó concluido en los primeros años del siglo III.

LAS GUERRAS DEL SIGLO V Y LA INVASIÓN DE LOS GALOS

El siglo que siguió a la independencia política fue de constante inquietud para la pequeña ciudad del Tíber. *Los etruscos*, que no se resignaban a perder su zona de influencia hacia el Sur, *quisieron repetidas veces recobrar su autoridad sobre Roma*, para lo cual iniciaron frecuentes ataques contra ella. Pero **Etruria** *estaba ya herida de muerte. Su frontera Norte estaba amenazada constantemente por las* ***tribus galas*** y las ciudades septentrionales debían dedicar todas sus energías a repeler sus ataques; las ciudades meridionales, y especialmente **Veyes**, pudieron en cambio, hostigar a Roma y lo hicieron cada vez que las circunstancias se presentaban favorables. Sin embargo, *Roma pudo contener su amenaza* y, al fin, en un esfuerzo supremo, logró dominarla y someterla finalmente en los primeros años del siglo IV, por obra del dictador **Camilo.**

Al mismo tiempo los romanos tuvieron que luchar contra los pueblos vecinos del Lacio, especialmente los que vivían en las laderas de las montañas vecinas, a quienes tentaban as tierras fértiles que ocupaban los romanos. Los ***ecuos***, los ***volscos*** y los ***sabinos*** solían hacer incursiones todas las primaveras sobre las regiones ocupadas por sus vecinos, y algunas veces pusieron en peligro a Roma. Sin embargo en el curso del siglo V, los romanos lograron no sólo contener a esos pueblos sino también dominarlos, y formaron con ellos la **Liga Latina**, de la cual Roma fue la cabeza. Esta organización dio a Toma una sólida posición; pero, al cabo de poco tiempo, una terrible invasión de los galos amenazó a la misma Toma y estuvo a punto de provocar la disolución de la Liga.

Empujados por los germanos, *los galos habían penetrado en la actual Francia* y *habían cruzado luego los Alpes invadiendo a Italia*. En su marcha hacia el Sur, los etruscos fueron su principal obstáculo, pero, al comenzar el siglo IV una fuerte banda había conseguido vencer su resistencia y llegó cerca de **Veyes**, precisamente cuando los romanos acababan de apoderarse de la ciudad. Los romanos se aprestaron a la defensa y trataron de contenerlos, pero su impulso arrollador los llevó hasta el mismo **Lacio**, donde, finalmente, un ejército romano fue destruido en la batalla de **Alia**, en 390.

Los galos se lanzaron sobre la ciudad. El Senado aguardó serenamente a los invasores en el recinto donde sesionaba, y los miembros fueron ultimados, pero la población combatiente se refugió en el Capitolio -que era la ciudadela-, mientras los demás se alejaban del recinto urbano. El saqueo fue total, pero el Capitolio no fue tomado y, finalmente, **Breno**, el jefe de los invasores, ofreció vender su retirada a cambio de una gruesa cantidad de oro que los romanos decidieron entregar. Poco después, los galos emprendían otra vez la marcha hacia el Norte y los pobladores de Roma volvieron a su ciudad devastada pero libre.

La consecuencia del desastre fue que *las ciudades latinas intentaron sublevarse, aprovechando la crisis moral* que suponían que se había apoderado de los romanos. Pero se equivocaron. **Camilo**, el heroico y decidido jefe que había conquistado **Veyes**, *encabezó la represión*, y poco tiempo después **Roma** *volvió a ser señora del* **Lacio**[51].

Por la ***Lex Hortensia*** del año 287 a.C., *los plebiscitos tuvieron fuerza de ley sin ratificación del Senado.*

Los samnitas que ocuparon sobre todo las zonas montañosas del interior de la península, al Sur de los pueblos del Lacio, libraron largas luchas con los

[51] ENCICLOPEDIA PRÁCTICA JACKSON; Tomo VII, Séptima edición, W. M. JACKSON, Inc., Editores, México, 1966, pg. 165 y 166.

romanos desde el año 343 a.C. hasta alrededor del año 295 a.C. en que fueron derrotados por **Quinto Fabio Máximo** y **Publio Decio Muro**, dejando de ser adversarios temibles.

Pirro rey de Epiro (282) *ante la petición de* **Tarento** *que le ofrecía intervenir en los asuntos de* **Grecia Magna** y con el propósito de someter bajo su autoridad a las ciudades italiotas y siciliotas abrió duros combates con los romanos, derrotándolos en la primavera de 280 a.C. en **Heráclea** y **Asculum**, **Pirro** siguió su plan preestablecido pasó a **Sicilia** y en el transcurso de dos años 278-276 redujo a los cartagineses en su posición de la plaza fuerte de **Lilybaeum**. *Los romanos aprovecharon su alejamiento para preparar el desquite*, que culminó con la victoria en **Maleventum**; obligando a Pirro a abandonar la Sicilia; pasando la Italia meridional al dominio romano.

Siguió la completa *sujeción de Etruria*, con la *caída de* **Bolsena** (265-264) y *la conquista de Piceno*. De este modo en posesión de toda la península itálica, desde el estrecho de Mesina hasta la línea Magra **Rubicón**, *Roma se había convertido en una de las mayores potencias mediterráneas*.

Mientras los intereses de Roma se limitaron a Italia central, mantuvo con Cartago relaciones amistosas, iniciadas tal vez en la época de la ocupación etrusca. La situación cambió radicalmente cuando las dos potencias en el transcurso de su creciente expansión se hallaron enfrentadas para disputarse la hegemonía del Mediterráneo. Asegurando el dominio de las ciudades costeras del Lacio y de la Grecia Magna, Roma aspiró verse libre para actuar en el mar y al control exclusivo de las costas de la península.

Por su parte **Cartago**, en pleno desarrollo de su actividad marítima y comercial, trataba de apoderarse de Sicilia rica en cereales, las profundad diferencias de carácter étnico, cultural y religioso imposibilitaba entre ambas potencias una convivencia basada en el equilibrio de fuerzas.

Expulsado **Pirro**, los cartagineses reconquistaron posiciones perdidas, ocupando parte del territorio, pero sin quebrantar la resistencia de **Siracusa**. Los siracusanos confiaron el mando del ejército a **Gerón**, quien instauró una tiranía militar proclamándose rey de Siracusa y ciudades confederadas con el nombre de **Gerón II.**

La conquista de Grecia Magna por Roma, *produjo rivalidad con los cartagineses por temor a perder sus posesiones en* **Sicilia** y por el creciente desarrollo del comercio romano en el **Tirreno**, donde más de 200 años habían dominado. **Cartago dominaba Cerdeña y Córcega y casi la totalidad de Sicilia.** *La oposición de intereses ocasionó el conflicto entre romanos y cartagineses.*

Por tener gran trascendencia dentro de la historia de Roma, las luchas entre romanos y cartagineses, lo que se denomina ***Guerras Púnicas***, trataremos sucintamente de cada una de ellas.

PRIMERA GUERRA PÚNICA.- (264-241 a.C.) *Un ejército cartaginés aliado de Siracusa sitió la ciudad de* **Mesina**, situada en el extremo del mismo nombre en las costas sicilianas. Los habitantes de Mesina solicitaron el auxilio de Roma, ayudar a Mesina equivalía a la guerra con Cartago. *Roma sometió el problema a la decisión del pueblo y éste se pronunció por la guerra.*

La lucha duró 23 años, los romanos desalojaron a los cartagineses de las costas de Sicilia, posteriormente la flota romana comandada por el coronel **Cayo Duilio** derrotó a la escuadra cartaginesa en **Miles**, cerca de Mesina (260). Otra flota dirigida por el coronel **Marco Atilio Régulo** desembarcó importantes fuerzas en las costas africanas, pero fue derrotado por **Xantipo** un espartano mercenario al servicio de Cartago. Después de este fracaso, la guerra se localizó en Sicilia, los cartagineses confiaron las operaciones al joven **Amilcar Barca** (247 a.C.) quien comenzó a efectuar devastaciones en las costas itálicas y sicilianas, los romanos respondieron penetrando hasta el **puerto de Hipona** incendiando las naves allí ancladas. **Roma** equipó una flota numerosa de 300 naves al mando del coronel **Cayo Lutacio Catulo** derrotando a los cartagineses comandados por **Hanón el Grande** (241). Cartago tuvo que aceptar la paz con la condición de renunciar a Sicilia y las islas circundantes, liberar sin rescate a los prisioneros, pagar en el plazo de 10 años una crecida indemnización de guerra, y comprometerse a no guerrear con los aliados de Roma, incluido **Gerón II** de Siracusa.

Tres años después de firmada la paz, **Roma arrebató a Cartago las islas Córcega y Cerdeña,** con lo cual el mar Tirreno quedó convertido en lago romano.

Amilcar Barca, después de restaurar la tranquilidad en Cartago dominando las sublevaciones de las tropas mercenarias (*ligures, libios, galos, íberos,* etc.), marchó hacia **España** al frente de un ejército y conquistó la región oriental de la península Ibérica, atrajo la voluntad de los nativos utilizándolos como auxiliares de su ejército. A su muerte en el sitio de Elche (228) le sucedió en el mando su yerno **Asdrúbal** que continuó la obra colonizadora. *Fundó la ciudad de* **Nueva Cartago** -***Cartago Nova***- (**Cartagena**), *en la costa del Mediterráneo en la* **península Ibérica**, los romanos no lo pudieron impedir porque en ese momento se hallaban guerreando con los *Galos* de la Cisalpina y los ilirios en el Adriático. Asdrúbal pereció asesinado poco tiempo después y el ejército designó como su sucesor al hijo de **Amilcar**, un joven de 26 años de edad llamado **Aníbal** (221).

Aníbal poseía extraordinarias condiciones militares convirtiéndolo en uno de los geniales estrategas de la antigüedad. Como acto inicial de su política be-

licosa *provocó a Roma y atacó a* ***Saguntum*** (Sagunto) sitiando la ciudad aliada de Roma, situada en la costa española del Mediterráneo, al Sur del Ebro. Roma aceptó el reto y ante la no devolución de Sagunto, declaró la guerra.

SEGUNDA GUERRA PÚNICA.- *La caída de* **Sagunto** *fue la causa ocasional de la* ***Segunda Guerra Púnica.***

Los romanos enviaron a Cartago una embajada presidida por ***Fabio*** *exigiendo la entrega de Aníbal* y ante la negativa se declaró la guerra que duró casi 20 años (218-201) en la que se enfrentó Aníbal, el más grande militar de la época y Roma.

Aníbal en Italia.- *Aníbal concibió un plan de llegar a Italia por los Alpes,* disponía de un poderoso ejército, el verano del año 218, partió de Cartagena al frente de un ejército de 40,000 hombres, 12,000 de caballería y 37 elefantes, abandonando España en manos de su hermano Asdrúbal. *Después de atravesar el Ebro y los Pirineos, se abrió camino entre los galos de la Trasalpina, cruzó el Ródano y llegó a las laderas de los Alpes,* ningún ejército había cruzado jamás esas montañas, la ascensión fue penosísima, las nieves otoñales hacían impracticables los senderos escarpados y estrechos de las altas cumbres, tribus hostiles atacaban sin cesar a los expedicionarios, hombres y animales desaparecían en los profundos abismos, el hambre y el frío castigaban a los soldados, hasta que los cartagineses desembocaron en los fértiles valles de la Galia Cisalpina después de cinco meses de la partida sólo con 20,000 infantes y 6,000 jinetes, convirtiéndolo en aliados a los galos de la Cisalpina, derrotó a los romanos en las márgenes de Tesino y luego en las riberas del río Trebia (218), conquistando Aníbal la Galia Cisalpina.

Descansadas sus tropas, **Aníbal** *se lanzó al asalto de Italia por la frontera de Etruria* donde lo esperaban los romanos comandados por **Cayo Flaminio** y **Cneo Servilio Gémino** pero fueron nuevamente derrotados a orillas del lago **Trasimeno** (217). El caudillo cartaginés hubiera podido aprovechar para atacar directamente la ciudad de Roma, pero renunció y prosiguió su avance a lo largo del **Adriático**, a través del **Piceno** y el **Sannio**, estableciendo relaciones con Filipo V de Macedonia.

Los romanos habían nombrado dictador a **Quinto Fabio Máximo** quien adoptó una estrategia dilatoria que consistió evitar la batalla campal con el enemigo, pero, instigándole sin tregua mediante escaramuzas a fin de infligirle continuas pérdidas, esta táctica no gozaba del apoyo de los romanos que deseaban una rápida conclusión del conflicto.

Cuando cesó el mandato dictatorial de **Fabio Máximo** *fue sustituido por los cónsules* **Marco Terencio Varrón** y **Paulo Emilio** de quienes se esperaba un esfuerzo audaz para salvar Roma. Estos reclutaron un ejército de casi 100,000 hombres y *partieron al encuentro de* **Aníbal**, *presentándole batalla en las llanuras de* **Cannas** (216) en **Apulia**, pero sufrieron una sangrienta derrota. Como conse-

cuencia de esta batalla, las principales ciudades de Italia Meridional se plegaron a Cartago como **Capua** en Campania y Siracusa, rica ciudad griega de Sicilia. Por su parte **Filipo V de Macedonia** *se decidió a ofrecer a* **Aníbal** *su alianza.*

Después de Cannas, los romanos aleccionados por la derrota comprendieron el fundamento de la táctica de **Fabio Máximo** llevando la guerra a los diversos frentes como: España, Italia, Sicilia y Grecia, evitando batallas campales, pero procurando debilitar por todos los medios la situación de Aníbal. Primero reconquistaron Siracusa (212), después de un largo bloqueo, luego se apoderaron de Capua (211); más tarde interceptaron en la Umbría en las márgenes del río Metauro (207) a un ejército procedente de España comandado por Asdrúbal hermano de Aníbal que le aportaba apreciables refuerzos. Como consecuencia Aníbal quedaba aislado en Italia sin posibilidad de auxilios externos.

Con esta victoria importante de los romanos **Aníbal** se resigno a retirarse definitivamente de Brucio en las cercanías de Cretona donde permaneció impotente. Las victorias de **Escipión** en España seguían adelante, la batalla de Ilipa le abre las puertas de la Bética (206) y puede enviar a Roma dinero y víveres que carecía.

Para desalojar al imbatible Aníbal de sus reductos montañosos del Sur de Italia. La campaña se confío al joven **Publio Cornelio Escipión**, elegido Cónsul para el año 205 a.C. a pesar de la oposición del Senado.

Con la ayuda espontánea de las ciudades aliadas, **Escipión** consiguió reunir en Sicilia un cuerpo expedicionario muy eficiente. Desembarcó en África en la primavera del 204, en la cercanía de Utica y unió sus fuerzas a las del *rey númida* **Masinisa**, derrocado por un aliado de Cartago, Sifax. Alternando victoriosas acciones militares con propuestas de paz, ***Escipión obligó a los cartagineses a reclamar la presencia de Aníbal en África***. La repatriación de éste señaló la reanudación de las hostilidades. La batalla decisiva se libró en la llanura que se extiende entre Naraggara y Zama. Escipión derrotó a su gran adversario con la misma táctica de la que Aníbal fuera maestro (202).

Cartago pidió entonces la paz, que se concluyó un año más tarde sobre la base de las condiciones dictadas por el mismo Escipión. Cartago conservaba el territorio africano bajo su control, pero se comprometía a convertirse en aliado de Roma con carácter de Estado semiindependiente, sin derecho a desarrollar una política exterior propia, a reconocer el reconstituido reino de **Masinisa**, a renunciar a todas sus posesiones en el Mediterráneo, y a entregar las naves de guerra así como los elefantes, y a pagar durante 50 años una indemnización de guerra.

TERCERA GUERRA PÚNICA.- (149-146 a.C.) ***Durante el período de paz que siguió la guerra de Aníbal, Cartago se enriqueció nuevamente***. Sus navíos surcaron otra vez el Mediterráneo llevando sus bodegas repletas de tinajas de acei-

te y vino. Esta resurrección económica preocupó a los romanos, especialmente a los grandes exportadores de vino y aceite del Lacio que miraban con disgusto la eficaz competencia de Cartago. Así comenzó a gestarse en Roma un movimiento anticartaginés que tuvo por principal vocero a **Catón** quien era defensor riguroso de viejas costumbres romanas frente a las ideas propagadas por los extranjeros procedentes de Grecia y Oriente.

Catón viajó a Cartago en representación del Senado, inició una violenta propaganda contra la ciudad africana, se plegó al grupo de los que por defender sus intereses mercantiles, bregaron por la guerra contra Cartago, cuando hablaba en el Senado terminaba sus discursos con estas palabras: ¡***Delenda est Carthago***! -"*Hay que destruir Cartago*".

La causa que desató las hostilidades fue un conflicto local entre Cartago y el anciano rey de **Numidia, Masinisa**, aliado de de Roma. *Los númidas molestaban tanto a los cartagineses, y éstos al no ser escuchados por el Senado Romano en sus quejas, entonces hicieron la guerra a Masinisa.* **Roma a su vez declaró la guerra a Cartago**. Los cartagineses, atemorizados por el desembarco de las legiones romanas en África, depusieron las armas y entregaron a los invasores todo su material de guerra, pero los adversarios lejos de perdonarlos ordenaron evacuar la ciudad. Indignados los cartagineses decidieron luchar hasta el fin. Improvisaron nuevos armamentos, fortificaron las murallas e iniciaron una guerra a muerte. Después de dos años de asedio de la ciudad, asumió el mando el **Cónsul Escipión Emiliano**, quien organizó el ataque con tal eficacia que la ciudad sucumbió (146). **El Senado Romano** *ordenó la destrucción de Cartago, sus murallas fueron demolidas, sus edificios incendiados; los soldados pasaron arado al sitio donde se levantaba la ciudad. Los territorios de Cartago fueron anexados a Roma.*

CONQUISTA DEL ORIENTE

Después de la batalla de **Zama** (202) *el poder cartaginés había quedado arruinado*, y **Roma** *se encumbró hasta llegar a ser la primera potencia del Mediterráneo* -***Mare Nontrum***- pero guiada por la ambición de dominio universal, prosiguió con sus conquistas. *Su objetivo era la cuenca oriental del* ***Mare Nostrum***, donde se hallaban establecidos muchos reinos helenísticos (desmembrados del Imperio de Alejandro), tales como ***Macedonia en Europa***; el de ***Siria en Asia Menor***, y el de ***Egipto en África***. Estos reinos uno a uno fueron cayendo ante el empuje de las legiones romanas, que las convirtieron en provincias del futuro Imperio.

GUERRA CON MACEDONIA (200-197).- *Roma venció a Macedonia en 4 años inmediatamente después de la Segunda Guerra Púnica* (triunfo de Zama), que el rey **Filipo V había ayudado a Aníbal y había emprendido la conquista de posesiones egipcias en Asia** (Siria y Libia) y se había apoderado de las ciuda-

des de **Sesto** y **Abydos** en **Helespanto**, *por esta razón* **Rodas**, **Pérgamo** *y* **Atenas** *coligadas contra Filipo pidieron ayuda a Roma.* **En 198 los romanos enviaron a Grecia** como general en jefe a **Tito Quinto Flaminio**, quien logró persuadir a los griegos de que el objeto de la guerra era "*liberar a los helenos del yugo macedónico*", logrando vencer con la ayuda de los *epiritas* a la gloriosa falange macedónica de Filipo, quedando Macedonia reducida a la condición de potencia de tercer orden, todas las ciudades y territorios conquistados por ella quedaron declarados libres, pero pronto este entusiasmo se convirtió en desencanto al reemplazarse los partidos democráticos por gobiernos oligárquicos.

GUERRA CON SIRIA (192-190).- La posición dominante adquirida por Roma en Grecia hizo a aquella entrar en conflicto con la mayor de las potencias helenísticas, Siria, gobernada por **Antioco III El Grande**, *quien soñaba con reconstituir bajo su cetro el Imperio de Alejandro. Antioco se preparaba para la guerra a Roma* y redoblaba su actividad desde que Aníbal, fugitivo de Cartago había hallado asilo en su corte. **Antioco proclamó que su objetivo de la guerra contra Roma era** "*la emancipación de Grecia*", uniéndose a él ciertos Estados griegos -*la Liga Aquea, Pérgamo y Rodas que temían la agresión Siria, se colocaron a lado de Roma.* **Tolomeo V**, rey de Egipto *ofreció al gobierno romano subsidios considerables.* La batalla decisiva tuvo lugar en las **Termópilas** (191), quedando derrotadas las tropas sirias, ***Antioco huyó al Asia Menor.*** *Roma había confiado la misión* al célebre vencedor de Cartago, **Publio Cornelio Escipión** "*El Africano*", aunque puesto *bajo las órdenes de su hermano* **Lucio Cornelio Escipión**, cónsul del año 191, el ejército romano atravesando el Epiro, Macedonia y Tracia cruzó el Helespanto y forzado por las tropas de Pérgamo marchó contra Sardes donde el rey de Siria había concentrado sus fuerzas, una sola batalla cerca de Magnesia (190) decidió la suerte del Asia Menor, tras esta batalla las ciudades griegas del Asia Menor pasan a los romanos, **Antioco** firmó la paz renunciando sus posesiones en Asia Menor.

GUERRA CONTRA PERSEO DE MACEDONIA.- Los años 180 y 170 los partidos democráticos griegos tomaron un carácter anti romano dirigiendo sus miradas hacia el rey macedonio **Perseo sucesor de Filipo V**, quien entrando en inteligencia con demócratas griegos, de Siria, Cartago y Rodas con un poderoso ejército, planearon atacar el Norte de Italia. El rey de Pérgamo advirtió a Roma de la gran coalición en su contra y el Senado declaró nuevamente la guerra a Macedonia, en el año 168 el cónsul **Paulo Emilio** *aniquiló al ejército macedonio en* **Pidna**, plaza fuerte de Macedonia, *Perseo huyó cobardemente sin esperar el término del combate.* Los romanos confiscaron los bienes de la corona e impusieron al pueblo un pesado tributo y castigaron a los griegos con sangrientas ejecuciones por simpatizar con Perseo, a Rodas le quitaron sus posesiones en el Asia Menor asestando duro golpe a su comercio.

Las conquistas romanas trajeron como consecuencia la modificación de la cultura, las costumbres, la religión, etc. Y contribuyeron a trasformar la organización política, social y económica de Roma.

La gran urbe romana va consolidando su dominio sobre toda la península itálica y va estableciendo colonias en todos los territorios conquistados creando un sistema administrativo cada vez más fuerte para gobernar sus vastos territorios.

A fines del siglo II a.C. existían las siguientes provincias: ***Sicilia, Cerdeña*** y ***Córcega*** reunidas; ***África*** (***Antigua Cartago***); ***Hispania*** (***España***) ***Citerior***; ***Hispania Ulterior***; ***Iliria***; ***Macedonia*** y ***Acaya*** reunidas, y ***Asia*** (***antiguo reino de Pérgamo***).

Ni las riquezas, ni los territorios adquiridos en las guerras, fueron a parar en manos de los pobres, de los que más habían luchado por la grandeza de Roma. La que más aprovecha fue la clase rica que había quedado en Roma, y los grandes políticos y generales triunfantes. Por eso *al finalizar las conquistas se forma una nueva sociedad organizada a base de la más completa desigualdad de derechos entre la nobleza y la clase pobre, y el gobierno se convirtió en una oligarquía.*

Estos hechos motivaron para que interiormente en Roma se suscitaran guerras civiles, motines y *levantamientos como el encabezado por los hermanos* **Gracos** y *el movimiento esclavista* dirigido por **Espartaco** que erosionan el sistema republicano.

El movimiento democrático alcanzó su punto culminante con la elección al tribunado, en 133, de **Tiberio Sempronio Graco**, que pertenecía a una encumbrada familia de aristocracia senatorial romana, *se propuso poner fin a la miseria del pueblo por medio del reparto gratuito de tierras*, para lo cual hizo aprobar en Asamblea Popular la ***Ley Agraria***.

Tiberio comprendió que la única manera de aliviar la situación de la plebe miserable que pululaba en Roma, enviciada por el ocio y la pobreza, consistía en atraerla de nuevo a las faenas rurales, repartiendo tierras entre sus componentes. *Al cruzar Italia, de vuelta de la guerra, le impresionó profundamente la despoblación de los campos, convertidos en extensos latifundios, y la indigencia en que vivían los trabajadores rurales.* "***Las bestias salvajes tienen sus guaridas y madrigueras, señaló, y los que derraman su sangre por la defensa de Italia no poseen más que la luz y el aire que respiran; sin casa y sin asilo, andan errantes con sus mujeres e hijos.*** Los generales los engañan cuando los exhortan a combatir por sus templos y altares: ¿Hay entre ellos acaso uno solo que tenga un altar doméstico y una tumba donde descansen sus antepasados? No combaten ni mueren sino para mantener el lujo y la opulencia ajenos; ***se les llama señores del universo y***

no son siquiera propietarios de un pedazo de tierra"- (**Secco Ellauri-Baridon**, *Historia Universal* -Roma).

La **Ley Agraria** propuesta consistía en entregar tierras pertenecientes al Estado -***ager publicus***- o tierras públicas a razón de 7 Has y media por cada familia pobre, las que deberían ser ocupadas y trabajadas por los nuevos propietarios. Además según esta Ley ningún romano podía poseer más de 125 Has. de tierras pertenecientes al Estado. Una comisión especial de tres miembros estaba encargada de presidir la nueva distribución de las tierras públicas.

Después de hacer destituir por la Asamblea del Pueblo a su compañero el tribuno Octavio, porque se oponía al proyecto, la Ley fue aprobada produciendo gran alarma en la aristocracia, es que la mayoría de las tierras públicas habían sido ocupadas por los nobles desde hacía mucho tiempo. Aunque Tiberio les ofreció una indemnización por la entrega que iban a hacer en beneficio de los pobres, la medida no les agradó, porque veían eclipsarse su poderío económico y más que éste su supremacía política emanada de su dominio sobre las tierras. *Tiberio fue visto con desagrado, y los ricos juraron darle muerte.*

Estimulado por su victoria, quiso ir más adelante en su plan de mejorar la condición de los oprimidos, para lo cual presentó un proyecto de ley por el que se proponía conseguir que los tesoros entregados a Roma por el rey **Atalos III** de Pérgamo, fueran empleados en adquirir instrumentos de labranza, los que deberían ser distribuidos a su vez entre pequeños agricultores.

Pero el odio de la nobleza y el Senado hace al legislador que limitaba su inmemorial poder había llegado a su colmo; vertieron sobre Tiberio un verdadero torrente de calumnias y recurrieron al eficaz procedimiento de acusarle de pretender ser rey.

Al cumplirse su período de tribuno, Tiberio quiso ser reelegido por segunda vez, en 132 a.C. para proseguir su obra; pero ya los nobles habían preparado una conspiración en su contra. *El motín estalló en el Foro, donde los conjurados, al mando del noble* **Escipión Násica** (Supremo Pontífice), ***dieron muerte a Tiberio junto con sus trescientos de sus más fieles partidarios***. **Según Plutarco**, *el cadáver de Graco, indignamente ultrajado, fue arrojado al Tíber, al igual que los de sus compañeros.*

Cayo Graco.- *Hermano menor de Tiberio, corrió la misma suerte 12 años más tarde quiso continuar la obra de su hermano.* Era un gran orador, cuya apasionada elocuencia arrastraba a las masas populares. Elegido Tribuno en el año 123 a. C., trató de unir a todos los elementos hostiles al Senado y a la nobleza, para dar así a las decisiones de la Asamblea del Pueblo una gran autoridad indiscutible; iniciando un vasto plan de reformas favorables al pueblo. *Hizo aprobar las siguientes leyes:*

La Ley Agraria. *Por la que ponían en vigencia nuevamente, la Ley aprobada durante el ejercicio de su hermano.* Además disponía la creación de colonias agrícolas en Cartago, Capua, Tarento y Corinto, a donde deberían trasladarse familias pobres procedentes de Roma y de otras ciudades de Italia.

La Ley Frumentaria. (***frumentum***: trigo). Por la que el Estado compraba trigo a un precio y debería venderlo al pueblo a precio más bajo que el costo. Esta era una forma de ayuda a los pobres.

Ley Militar.- Por esta Ley el Estado proporcionaba uniforme y armamento a sus soldados.

La Ley Vial.- Dispuso la construcción de caminos y calzadas, dando trabajo a la gente humilde del campo.

Ley Social.- Consiste en otorgar el derecho de ciudadanía a todos los italianos, que a decir verdad, habían derramado su sangre por la grandeza de Roma.

Ley Judicial.- *Por esta Ley quedaban despojados los Senadores de la facultad de administrar justicia en lo criminal,* porque siempre favorecían a los nobles.

Cayo parecía invencible frente al ataque de la nobleza, siendo reelecto Tribuno, pero ante una hábil maniobra de los senadores, la plebe romana la abandonó ingratamente.

Los senadores querían arrebatarle a Cayo su clientela popular y, para lógralo, resolvieron atraerse a la multitud por medio de favores materiales. El agente de esta política demagógica del Senado fue el tribuno **Livio Druso**, colega de Cayo, quien se dedicó a superar en la Asamblea, las proposiciones de éste. Ofreciendo siempre al pueblo en sus proyectos, mayores ventajas materiales que las contenidas en las propuestas de su colega. Si Cayo proponía la fundación de dos o tres colonias, Livio Druso duplicaba su número; si Cayo abarataba el precio del trigo que se repartía al pueblo, Druso proponía reducir ese precio a la mitad. El prestigio de Cayo se vio afectado por esta política de competencia.

Al no ser reelegido Cayo tribuno por tercera vez, perdió su autoridad ante el pueblo, el partido aristocrático consiguió hacer nombrar cónsul a un reaccionario **Lucio Opimio.**

Como consecuencia de una reyerta ocurrida en la calle entre particulares y adversarios de Cayo, murió uno de sus lictores. **Opimio** explotó al Senado, agarrándose con júbilo de dicho pretexto, siendo investido de poderes ilimitados procediendo sin tardanza a una implacable represión contra el partido popular. Más audaz y resuelto que **Graco, Fulvio Flaco** armó a su gente y ocupó el Aventino, viejo centro de los movimientos plebeyos. Proponíase sin duda, aunque tardíamente, llamar al pueblo a la insurrección. Pero, como **dice Plutarco,** ***Graco, no***

quiso armarse y saliendo de su casa revestido de la toga, como de ordinario, fue al Foro con sólo un pequeño puñal al cinto *"mientras los malos se hacían justicia por el hierro y por la violencia", "Nadie vio combatir a Cayo",* aunque era un hombre que se distinguía por su bravura. **Las tropas de Opimio tomaron el Aventino por asalto, *siendo Graco y Fulvio Flaco derrotados y muertos*;** *sus cabezas cortadas fueron pagadas por* ***Opimio*** *a peso de oro.*

Así sucumbieron estos mártires de la libertad, que vivieron y murieron por remediar las miserias de las miserias de los pobres y las desgracias de los oprimidos.

LA REVUELTA DE ESPARTACO.- La república esclavista romana fue conmovida por una formidable insurrección de esclavos, dirigida por Espartaco que se extendió a toda Italia (73-71).

***¿Quién fue Espartaco*?, Alexis Stavros,** expresa que sobre él se ha escrito poco y sus orígenes son oscuros. *La revolución que llevó a cabo trató de ser silenciada por los poderosos de Roma, pero dejó profunda huella en Occidente.* No se sabe de quienes fue hijo. Nació en Tracia en una aldea de la que tomó su nombre, en el año 113 a.C. Según parece era de raza númida y noble. *Por haber desertado del cuerpo auxiliar del ejército romano, en donde servía como soldado, fue hecho prisionero y llevado a Capua, lugar designado para el funcionamiento de la principal academia de gladiadores, que estaban encerrados en cuarteles y sujetos a una bárbara disciplina de entrenamiento.* **Espartaco** *era enemigo de la violencia y amante de la paz, pero altivo e insolente ente los instructores y las autoridades.* Él y su inseparable compañero **Manglio**, de origen siciliano, *eran los dos mejores gladiadores de Roma.*

El mal trato, la explotación inhumana que se ejercía sobre los esclavos, llevó a **Espartaco** y a sus amigos de infortunio, los celtas **Erixo** y **Enomano**, junto con 74 gladiadores más, a la **rebelión**. Abandonaron un día su encierro y, apoderándose de picas, dardos, asadores, cuchillos y otros instrumentos que cogieron violentamente de varias tiendas de mercaderías, se dirigieron al volcán Vesubio, fortificándose en lo alto, en donde su contingente aumentó rápidamente con gran número de otros esclavos sublevados.

Los historiadores de la antigüedad, conscientes de la fuerza y el carácter del movimiento suelen llamarlo -***bellum servile***- *"guerra de los esclavos* o *Guerra de Espartaco",* **Eutropio** escribe que fue *"una guerra quizá tan difícil como la desencadenada por Aníbal".*

A consecuencia de la guerra social y de las campañas de **Sila**, **Pompeyo**, y **Lucilio**, **Italia** estaba más pletórica que nunca de esclavos, ex insurgentes italianos, tracios, gálatas y griegos hechos prisioneros tras encarnizada lucha que habían conservado tanto su implacable odio a Roma como su experiencia militar.

Espartaco, de origen tracio, había servido anteriormente en alguna legión y reducido a cautividad había sido vendido como esclavo. **Al decir de Plutarco,** *Espartaco era un hombre "que a una fuerza física y un valor extraordinario unía una prudencia y una dulzura bien superiores a su fortuna y más dignas de un griego que de un bárbaro".* **Salustio** *señala con sorpresa que Espartaco, grande "por las fuerzas del cuerpo y del alma, actuaba sobre todo por la persuasión y no por los métodos de la feroz e inhumana disciplina militar romana".*

Miles de esclavos que trabajaban en los grandes latifundios de Italia se sublevaron bajo la dirección de uno de los suyos llamado Espartaco. Al principio, sorprendieron a las dispersas legiones romanas y les infligieron derrota tras derrota. **Espartaco,** con sus excepcionales aptitudes militares, se proponía atravesar los Alpes y pasar a Germania, de donde procedían muchos de los esclavos rebeldes. Nos dice **Apiano,** que cuando Espartaco corría a lo largo de los Apeninos, hacia los Alpes y la Galia, cuando uno de los cónsules llegó para cortarle el camino, mientras el otro lo empujaba por la retaguardia. Pero hallamos en el mismo Apiano otro testimonio extremadamente precioso que demuestra que Espartaco, habiendo casi alcanzado los pasos de los Alpes, cambió de opinión y decidió marchar sobre Roma. **Espartaco** venció a los Cónsules uno tras otro y los dos se vieron obligados a retirarse en desorden, aumentando su ejército hasta 120,000 hombres, tomó el camino de Roma, tras haber hecho matar tanto a los prisioneros como a las bestias de carga...

Craso, al frente de fuerzas considerables, procedentes de toda Italia, *trató de cerrar el paso a Espartaco en la frontera del Piceno, pero fracasó y sus dos legiones fueron hechas pedazos,* salvándose solamente una parte de los soldados, que huyeron arrojando las armas. Tras la batalla de Piceno, Espartaco continuó su marcha hacia el Sur, pensando pasar a Sicilia.

La última batalla entre Espartaco y Craso tuvo lugar en el Norte de la Lucania. *"El combate fue largo y encarnizado, los hombres de Espartaco se batían a la desesperada.* ***Hasta que Espartaco fue herido en el muslo por una flecha, cayó rodilla en tierra, y cubriéndose con su escudo, luchó contra los que le acosaban hasta sucumbir, junto con gran número de los suyos.*** Muerto el jefe los restos de su ejército completamente deshechos. El número de muertos entre los gladiadores fue incalculable. Perecieron unos mil romanos. Fue imposible hallar el cuerpo de Espartaco" (**V. Diakov,** *Historia de la Antigüedad*-ROMA).

Espartaco era de buenos sentimientos, pero, no pudo impedir que la guerra revistiese los caracteres de crueldad que eran comunes en la época. *Fue hombre que superó las limitaciones del mundo en que vivió y simboliza el ideal de libertad presente siempre en todas las etapas de la historia.*

EL PRIMER TRIUNVIRATO.- JULIO CÉSAR

Muertos los hermanos Gracos y silenciadas las voces de protesta, la desigualdad social se acentúo grandemente y el gobierno fue pasando, en forma sucesiva, a manos de militares ambiciosos que se disputaron el poder por medio de las armas. Surgieron así las guerras civiles que ensangrentaron Roma, situación ésta que perduró hasta finalizar la República.

Figuran entre esos caudillos militares: MARIO y SILA *que se disputaron el poder en una guerra cruel y despiadada.* Las ambiciones políticas de **Cayo Mario** (de origen plebeyo y representante del partido demócrata, se distinguió como cónsul por sus victorias) y **Lucio Cornelio Sila** (lugarteniente de Mario, de origen aristócrata y representante del Senado, reinstaló la oligarquía senatorial), que fueron determinantes en esta guerra en donde **Sila** venció a sus opositores, tomó la capital y se declaró dictador, disponiéndose por la fuerza durante los siguientes 10 años, en un Senado aristocratizado.

Los aliados se sublevaron en las provincias, por lo que el Senado envió a un protegido de Sila, **Pompeyo**, a sofocar las rebeliones y a afianzar el dominio romano. En su ausencia en el año 73 a.C., surgió la rebelión de los gladiadores y los esclavos comandados por **Espartaco**, *quien fue vencido por el ejército romano al mando de* **Licinio Craso.**

Craso y **Pompeyo**, que habían alcanzado fama y poder, *se asociaron y el Senado los nombró cónsules*, contando con el apoyo de los más ricos (caballeros).

En virtud de que **Pompeyo** marchó a una nueva campaña a la conquista de Mesopotamia y permaneció en aquellas regiones mucho tiempo, *el Senado aprovechó la ocasión para nombrar cónsul a* **Marco Tulio Cicerón**, hombre de extraordinarias cualidades, famoso orador, abogado, escritor, admirado por el pueblo de Roma; su gobierno fue criticado por un grupo de inconformes presididos por **Catilina** a quien Cicerón desenmascaró de sus maniobras haciéndolo huir de Roma.

Al regreso de Pompeyo del Oriente, cargado de triunfos y riquezas en el año 60 a.C., **los cónsules de Roma eran Craso y Julio César**, y como la situación política se encontraba en crisis se pensó que la solución sería que gobernaran los tres; habiéndolo aprobado el Senado ***se formó el Primer Triunvirato.***

El Triunvirato fue una alianza secreta, que proporcionó a sus integrantes un poder irresistible, pues CRASO poseía una colosal fortuna, acumulada en tiempos de Sila, que le aseguraba una poderosa influencia política, especialmente entre los caballeros y publicanos; POMPEYO disfrutaba de una enorme popularidad, como consecuencia de sus triunfos similares en Oriente, y CÉSAR poseía un extraordinario talento. Esta coalición de un Triunvirato millonario, un héroe

militar y un hábil político fue, para Julio César, el instrumento que le abrió las puertas del poder y de la gloria.

Craso a *quien* le había tocado el gobierno de la provincia de Oriente *muere en batalla contra los partos.* **César** en cambio *alcanza importantes victorias en las Galias.*

A la muerte de Craso y aprovechando la ausencia de César, **Pompeyo** trata de quedarse solo en el poder, pero al enterarse *César de ello prepara una ofensiva con el objeto de eliminar a Pompeyo quien huye a Grecia,* y *es derrotado en la batalla de **Farsalia*** en el año 48 a.C., huyendo después a Egipto, donde es asesinado por orden del rey **Ptolomeo**, crimen que **César condenó destituyéndolo y proclamándola soberana a Cleopatra**, hermana del rey depuesto.

César demostró que no solamente era un hábil militar sino un gobernante capaz, mejorando la República y alcanzando extraordinaria fama, por lo que envanecido por su poder y grandeza pensó en hacerse proclamar jefe vitalicio de Roma, pero un grupo de enemigos encabezados por **Décimo Bruto** su antiguo lugarteniente en las Galias y **Casio**, ex pompeyano, a quien el dictador había perdonado después de la batalla de Tapso, **resolvieron matar a César en la sesión del Senado** que se realizaría en los idus de marzo (día 15). ***Se cuenta que César tuvo noticias del plan y alguien le previno que se cuidara en los idus de marzo.*** *Sin embargo, el día indicado concurrió como de costumbre al Senado.* A penas entró en la curia, uno de los senadores conjurados se postró de hinojos ante él para solicitarle el perdón de un hermano suyo, que se hallaba en el destierro. César denegó la petición y entonces antes que lograra desprenderse del solicitante que lo había abrazado, se arrojaron sobre él los demás conspiradores y lo asesinaron. Con el cuerpo acribillado a puñaladas, César cayó exánime, al pie de la estatua de Pompeyo.

Obras de Julio César.- Como integrante del **Primer Triunvirato** y posteriormente, como dueño del gobierno, emprendió grandes conquistas y realizó a su vez importantes obras que diéronle justa fama. Después de hacer la guerra a Pompeyo y derrotarlo, asumió el gobierno hasta que fue asesinado por la nobleza, el año 44 a.C.

***Sus principales obras fueron*:**

1. ***Conquista de las Galias*** (comprende la ***Galia Cisalpina*** -Norte de Italia, ***Norbonense*** -Región Mediterránea de la Francia actual y la ***Galia Transalpina*** -Galia Central que comprende el Loira y el Sena). *Después de someter a galos, ligurios, celtas, helvecios y belgas, César conquistó las Galias.* En esta campaña se hizo memorable el patriota galo, **Vercingetórix**, héroe de la resistencia al invasor.

2. ***La conquista de Egipto***. Al ir en persecución de su rival Pompeyo, César desembarcó en Egipto y sometió a este país.
3. ***Invasión a Inglaterra***. Después de cruzar el Canal de la Mancha, César invadió Inglaterra y llegó hasta Londres donde dejó algunas guarniciones.
4. ***Obras sociales***. Estableció colonias agrícolas para los pobres y dispuso, asimismo, la venta del trigo a precio barato; fomentó igualmente el trabajo, el comercio y la industria. Legisló contra el lujo y la inmoralidad y trató, en todo momento, de proteger a la clase pobre.

SEGUNDO TRIUNVIRATO

Con el objeto de vengar la muerte de César se forma *un Segundo Triunvirato integrado por* MARCO ANTONIO, lugarteniente y amigo de César y cuñado de OCTAVIO, LÉPIDO, otro de los lugartenientes del dictador y OCTAVIO nieto de una hermana de César, reconocido por éste como hijo adoptivo y heredero, quienes rivalizan por el predominio del poder, entonces la guerra civil volvió a estallar absteniéndose Lépido de intervenir en la política, ante las ambiciones de Antonio y Octavio. **Antonio** que se había apoderado de Egipto prendado de la reina de este país, **Cleopatra**, *pretendió convertirse en el único amo de Roma, entrando así en rivalidad con* **Octavio**. Estalló, entonces la lucha fratricida que originó la derrota de Antonio en la batalla de Accio (en la costa griega). **Octavio**, *como general victorioso, conquistó el país del Nilo*; **poco después se suicidó Cleopatra**. Ya sin opositores, se apoderó del gobierno de Roma poniendo fin a la República e instaurando el Imperio con el título de Augusto (majestuoso, omnipotente).

5.2. ORGANIZACIÓN POLÍTICA: LOS MAGISTRADOS, EL SENADO Y LOS COMICIOS

En esta etapa el monarca es sustituido por los Magistrados, subsistiendo el Senado y el pueblo organizado en Comicios.

1. LOS MAGISTRADOS

Se llama Magistratura al conjunto de órganos al que son asignadas funciones públicas que antes ejercía exclusivamente el monarca, estos cargos eran de carácter gratuito, de elección popular y se llamaban honores -***cursus honorum***-.

Atribuciones de los Magistrados

El poder de los magistrados judiciales estaba designado bajo el nombre general de ***potestas*** *o de* ***imperium.***

a. **Imperium.**- Era la facultad de tomar algunas determinaciones sin previa consulta al pueblo reunidos en los comicios; *facultad discrecional o de*

mando, que incluía la ***coercio*** o poder disciplinario; la ***iudicatio*** o poder de administrar justicia y el ***ius agendi cum populo o cum senatu,*** derecho de convocar o presidir a la asambleas o al senado.

Gozaban de la facultad del ***imperium***: los cónsules, los pretores y el dictador. Los dos primeros sólo están limitados por la ***intercessio*** (oponer su voto a las decisiones del colega) en tanto que el último no tenía ninguna restricción.

b. La Potestas.- Comprendía el ***ius edicendi*** que es el derecho o facultad de publicar Edictos. Disponían de este derecho los pretores, los ediles, los gobernadores de provincias, etc[52].

Pero el análisis de las atribuciones de los magistrados, al menos en el derecho clásico, permite dividirlos en cuatro distintas[53].

1. **El Imperium merum.**- Es un poder administrativo y de policía, que comprende el derecho de infligir castigos corporales, confundiéndose casi siempre con el ***ius gladii***[54], siendo ajenos a toda función de jurisdicción.
2. **El Imperium mixtum.**- En sentido amplio es el poder del magistrado que une al ***imperium merum*** o poder administrativo, la administración de Justicia, es decir la ***iurisdictio.*** En este estrecho sentido, el ***imperium mixtum*** pertenece a los magistrados inferiores, encargados de intervenir en la sustanciación de las causas como los cuestores y los ediles.
3. **La Jurisdictio.**- Poder del magistrado de publicar reglas de derecho aplicables, organizar la instancia y enviar las partes delante de un juez, ***judicare jubere*** o juzgar el mismo en el procedimiento formu-

---

[52] HERNÁNDEZ CANELO, Rafael; *Historia del Derecho Romano, Vol. I,* Primera Edición, Tipografía "CABAL", Chiclayo, 1998, pg. 60.

[53] PETIT, Eugène; *Tratado Elemental de Derecho Romano,* Editora Nacional, México, 1966, pg. 613 y 614.
ONTIVEROS PAOLINI, Gerardo; *Derecho Romano* I y II, 5ta. Edición, MARGA EDITORES, S.R.L. Caracas, 1994, pg. 228.
ODERIGO, Mario N.; *Sinopsis de Derecho Romano,* 6ta. Edición, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1982, pg. 132-133.

[54] IUS GLADII.- Potestad que corresponde a determinados magistrados romanos (reyes, cónsules, gobernadores de provincias, *praefectus urbi, praefectus praetorio*) en orden a la administración de justicia criminal, y que les confiere facultades para imponer condenas capitales y corporales (D. 2.1.3).- GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino; Diccionario de Derecho Romano, Tercera Edición, REUS, S.A., Madrid, 1982.

lario en ciertos casos, también de solemnidad a los actos jurídicos cuyas formas derivan de las acciones de la ley: *la manumisión por la vindicta, la adopción, la emancipación y la in iure cessio.*

4. **Atribuciones especiales derivadas de una ley, senado consulto o Constitución**: tal era el derecho de nombrar los tutores, autorizar la venta de inmuebles rústicos y suburbanos pertenecientes a un menor.

Características De Las Magistraturas

a. **Electividad.**- En general los magistrados elegidos por el pueblo, reunido en los comicios por centurias.
b. **Anualidad.**- El cargo de los magistrados duraba generalmente un año, a excepción del censor que disponía de 18 meses para cumplir con sus tareas censales.
c. **Colegialidad.**- Las magistraturas se ejercían por dos o más titulares con la particularidad de que los magistrados no actuaban simultáneamente sino alternativamente. De dos magistrados, mientras uno ejercía la función el otro estaba en receso, pero con la facultad de oponer su voto -*intercessio*- a las decisiones del colega, triunfando la opinión del que prohíbe.
d. **Gratuidad.**- Las magistraturas eran consideradas honores y los magistrados no percibían remuneración.
e. **Responsabilidad.**- Al finalizar su mandato, los magistrados debían rendir cuenta de sus gestiones y responder material y moralmente ante el pueblo por los yerros que hubiesen cometido en el ejercicio del cargo.
f. **El Orden Jerárquico.**- Que establecía requisitos de edad y para la carrera política el haber cumplido con sus obligaciones, fiscales, de servicio militar y gozar de buena reputación.

De los Principales Magistrados

A fin de presentar una síntesis histórica nos guiamos por la obra de **Eugène Petit**[55], al respecto expresa el autor que los magistrados encargados de la autoridad judicial han variado según las épocas. Pero fue, sobre todo, en el Bajo Imperio y a partir de Diocleciano cuando fue completamente modificada la organización de los magistrados.

Desde el origen de Roma hasta el fin de la época clásica, es decir bajo los dos primeros sistemas de procedimiento, vamos a exponer cuales eran los principales magistrados en Roma, en Italia y en las provincias.

---

[55] PETIT, Eugène; op. pg. 614, 615.

a) **En Roma**, la autoridad Judicial perteneció primero a los ***reyes*** y después a los ***cónsules***. En el año 367 a. C. fue confiada al ***pretor.*** Pero la afluencia de extranjeros en Roma hizo precisa la creación de un segundo pretor, el ***praetor peregrinus,*** encargado de la jurisdicción entre peregrinos o entre peregrinos y ciudadanos. La otra se llamó ***praetor urbanus.*** Al lado de los pretores, los *ediles* agregaban a las funciones administrativas, tales como la policía de la ciudad, ciertas atribuciones judiciales relativas sobre todo a las ventas públicas de esclavos y de animales. Se distinguían los ***ediles plebeyos***, los ***ediles curules*** y desde Julio César los ***ediles cereales***, encargados de la vigilancia del trigo y de las distribuciones que se hacían al pueblo.

   Bajo la República y durante la primera etapa el Imperio, ***el Pretor era el magistrado por excelencia***, y su jurisdicción de las más extensas, pero los nuevos magistrados creados por los emperadores, ***el prefecto de la ciudad*** y **el *prefecto del pretorio,*** fueron investidos poco a poco de la mayor parte de las atribuciones que pertenecían al pretor.

b) **En Italia** se encuentran en los municipios *magistrados locales*, **los *duumviri*** *o* ***quartuorviri juridicundo.*** Hacia el fin de la República fue limitada su jurisdicción a los procesos cuyo valor no excedía de 15.000 sestercios. Arriba de esta suma era llevado el asunto, Roma delante del pretor urbano.

c) **En las provincias**, la autoridad administrativa y judicial pertenecía al ***presidente de cada provincia, procónsul, propretor*** o ***legado del emperador***. Los cuestores hacían poco más o menos el papel de ediles.

Al mismo tiempo que **Diocleciano** ordenaba a los magistrados juzgar ellos mismos los asuntos que les estaban sometidos, establecía una nueva división del Imperio[56] que fue poco tiempo después sancionada definitivamente por

[56] DIOCLECIANO.- Siguió la carrera de las armas, elevándose por su valor y méritos militares a general. Fue proclamado emperador en Calcedonia (29 de agosto de 284) por las legiones, logrando someter al ejército al poder imperial, reformando administrativa y constitucionalmente el territorio. Gobernó el imperio durante 20 años con firmeza, eliminó las causas de anarquía que afectaron la vida de Roma durante casi una centuria. Hizo del Imperio una monarquía absoluta y descentralizada al estilo de las que existieron en los Estados Orientales. Esta época del Imperio Romano se conoce con el nombre de BAJO IMPERIO, adoptó signos monárquicos de los Estados Orientales así: *ciñó la diadema y obligó a sus súbditos a prosternarse en su presencia.*

La monarquía absoluta terminó con los privilegios que tenía el senado romano, que fue reducido a la categoría de un simple cuerpo administrador de la ciudad de Roma. Persuadido de la gran extensión del Imperio, para su mejor administración. comparte sus funciones gubernamentales entregando en el año 286 a su compañero de armas

Constantino El Grande[57]. El territorio fue repartido en *cuatro prefecturas*: **El Oriente, Italia, la Iliria** y **las Galias**. Cada prefectura, teniendo a su cabeza un ***prefecto del pretorio***, estaba subdividida en *diócesis* y en *provincias*. ***Desde entones el magistrado ordinario en cada provincia fue el presidente, rector o praeses provinciae***. Las partes pueden apelar de sus sentencias ante el prefecto del pretorio, representante del emperador, magistrado supremo de todo el Imperio.

En Roma y en Constantinopla, que quedaban fuera de este reparto, el pretor peregrino desapareció desde Caracalla, y el pretor urbano ya no tiene atribuciones judiciales. La jurisdicción se ejerce por el prefecto de la ciudad.

En Roma y Constantinopla existían *jueces superiores*, ordinarios e inferiores. Los superiores son el Emperador, los Prefectos de Pretores y los Vicarios. *Los ordinarios* son los Pretores Urbanos en Roma y Constantinopla, y los Gobernadores en las provincias. *Los inferiores* son los magistrados municipales, los *defensores*

MAXIMIANO el gobierno de la Región Occidental del Imperio con capital MILÁN, reservándose la parte Oriental con su capital NICOMEDIA. Los dos emperadores tenían los mismos poderes y llevaban el título común de AUGUSTO, pero para subrayar su primacía DICOCLECIANO se tituló *"Hijo de Júpiter"*, y MAXIMIANO *"Hijo de Hércules"*, después los dos Augustos designaron cada uno un lugarteniente, o Vice-Emperador que recibió el título de CESAR con el cual compartieron el gobierno -*Sistema Llamado Tetrarquía*- (gobierno de cuatro). Galerio César en el Oriente y Constancio Cloro en el Occidente. Así mismo Dioclesiano acabó con la distinción de las provincias establecidas en el principado y los hizo depender todas del Emperador; dividiendo el Imperio en cuatro Prefecturas administradas por un prefecto, y éstas a su vez las dividió en Diócesis y estas en Provincias .- HERNÁNDEZ CANELO, Rafael; *Historia del Derecho Romano*, pg. 120 a 122.

[57] CAYO FLAVIO VELERIO CONSTANTINO, llamado El Grande, ocupó el trono imperial, en el año 312 al vencer a su rival Majencio, hijo de Maximiano; continuó la obra de Diocleciano, complementó las reformas administrativas esbozadas por su antecesor.

Constantino decidió instalar su capital fuera de Roma en el sector Oriental del Imperio, eligiendo como asiento la vieja ciudad de BIZANCIO fundada el año 658 a.C. por colonizadores griegos en las costas europeas del Bósforo Tracio y que con su situación geográfica había llegado a ser un gran centro comercial. A esta ciudad, convenientemente ampliada y exornada, trasladó CONSTANTINO la capital del imperio, imponiéndole el nuevo nombre de CONSTANTINOPOLIS (CONSTANTINOPLA) o sea ciudad de Constantino, en el año 330.- VERA TONELL, Ricardo; *Historia Universal de la Civilización, Tomo I, Edades Antigua y Media*, Editorial RAMÓN SOPENA, S.A., Barcelona, 1981, pg. 422; HERNÁNDEZ CANELO, Rafael; *Historia del Derecho romano*, pg. 122 al 124.

civitatis (de intereses locales contra el poder central) y los ***pedanei iuduces*** que conocían causas pequeñas (no mayores de 300 sólidos)[58].

Clasificación y Distribución de las Magistraturas

En lo que concierne a las magistraturas republicanas, se clasifican en *patricias* o del pueblo romano - ***magistratus populi romani*** – como el cónsul, censor y pretor y *plebeyas* – ***magistratus plebis*** - como el tribuno y los ediles plebeyos.

Los magistraturas patricias, por su parte se dividían en *ordinarias* y *extraordinarias*[59]. Las ordinarias integraban la estructura normal del Estado, existían siempre en forma habitual, como el consulado, la pretura, la edilidad curul, etc. *Las extraordinarias* se creaban para casos excepcionales, para resolver situaciones de emergencia como las provocadas por crisis políticas o económicas, por ejemplo de esta clase de magistraturas *es el decenvirato legislativo que se constituyó para redactar la Ley de las XII Tablas.*

Expresa TEODORO MOMMSEN que todos los magistrados, así los ordinarios como los extraordinarios, así los superiores como los inferiores, eran instaurados por la magistratura suprema. Solamente el cónsul, incluyendo en esta denominación aquellos poderes equivalentes al suyo que obraban en lugar del cónsul dentro del régimen de la ciudad, o sea los decenviros y los tribunos militares, el dictador, así como también el ***interrex*** y el pretor, eran los que tenían atribuciones para instituir o nombrar magistrados, mas no todos ellos con la misma amplitud. Este derecho sólo al cónsul y al dictador les correspondía de un modo ilimitado; de suerte, que el primero podía nombrar al segundo y el segundo al primero. El ***interrex*** no tenía competencia más que para nombrar a los cónsules. Al pretor únicamente le correspondía el nombramiento de los magistrados inferiores; de manera que en rigor hubo excepciones.

Cuando el nombramiento pasó a los comicios, los magistrados adquirieron la representación del poder de la comunidad, y el magistrado se convirtió en un mandatario o comisionado suyo. De esta manera se trasladó, pues, al centro de gravedad del régimen desde la magistratura a los Comicios; la ciudadanía se convirtió en soberana principalmente cuando se comenzó a elegir a los magistrados en los Comicios.

---

[58] CUENCA, Humberto, *Proceso Civil Romano*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, Pg. 29.

[59] MOMMSEN, Teodoro; *Compendio de Derecho Público Romano*, Editorial impulso, Buenos Aires, 1942.

El nombramiento de los funcionarios republicanos, que siguió correspondiendo a los comicios en tiempo de Augusto, fue trasladado por Tiberio al Senado, sin embargo, en esos nombramientos tuvo gran intervención, más o menos directa, el emperador.

Derechos Honoríficos y Emolumentos de los Magistrados

Los tres más importantes distintivos y derechos honoríficos de entre todos los que servían para caracterizar a los magistrados de la comunidad frente a los simples ciudadanos, fueron: *las varas y hachas, la púrpura del vestido y la silla de magistrado,* estos honores y distintivos eran comunes a sacerdotes y magistrados[60].

Las varas y hachas reunidas en haz (***fasces***) eran la expresión sensible del ***imperium*** de los magistrados, del derecho que tenían a la obediencia, y en caso de que ésta no se les prestara, de la facultad de constreñir (***coercitio***) a ella, obrando en caso necesario sobre el cuerpo y la vida del desobediente; por eso los portadores de las varas y las hachas (***lictores***) iban por ministerio de la ley delante del depositario del ***imperium***, y no podían menos de ir acompañando a éste cuando se manifiesta en público. Estas fasces eran al propio tiempo la señal que servía para distinguir el ***imperium militar*** del ***imperium ordinario*** de la ciudad; puesto que en la época republicana sólo el cónsul, cuando estuviera al frente del ejército y en la ciudad sólo el dictador, eran los que podían llevar hachas.

Las gradaciones de poder entre los diversos magistrados encontraban también su expresión en los lictores. El número normal de doce portadores de *fasces* expresaba el pleno poder tanto del rey como del cónsul, y en la organización de Augusto se le concedió también al príncipe. El número doble era, en tiempos de la República, la expresión del poder eminente del dictador, y más tarde, según la característica innovación introducida por Dioclaciano, del emperador.

El magistrado vestía lo mismo que el ciudadano; pero el llevar en el vestido color rojo era una preeminencia y constituía el distintivo de la magistratura. Tenían derechos a este distintivo todos los magistrados autorizados para llevar lictores, y de entre los magistrados inferiores, lo tenían los censores y los ediles curules. También se revelaba en el traje, en la época republicana, la contraposición entre el ***imperium*** militar y el de la ciudad, puesto que el hábito rojo, que el rey podía usar tanto en el campo de la guerra como en la ciudad, se limitó ahora al ***imperium militar***; el corto vestido de la guerra de color rojo hubo de cambiarse en la banda general (***paludamentum***), banda que más tarde, cuando el generalato

[60] MOMMSEN, Teodoro; *Compendio del Derecho público romano*, op. cit. Pg. 231 a 239.

fue un derecho reservado al emperador, vino a dar origen a la *púrpura imperial.* Fuera de la ciudad no se permitía el vestido rojo del magistrado; los que entre éstos tenían facultades para usar la púrpura, no llevaban en la ciudad más que una franja roja en el vestido blanco del ciudadano (***toga praetexta***). Únicamente cuando el magistrado victorioso era elevado al Capitolio, es cuando debía usar como distintivo dentro de la ciudad el vestido rojo de guerra y todos los ornamentos de la guerra y de la victoria.

El asiento propio, singular, era lo que distinguía a los magistrados, concediéndose aún al cuestor cuando estuviera ejerciendo oficialmente sus funciones. Los organismos superiores se caracterizaban por la forma del asiento singular. Verdad es que la silla respaldada, que acaso se usó como asiento del rey, desapareció en la época republicana; pero la *silla curul*, una silla portátil, de marfil, sin respaldo, de forma especial, les fue concedida , lo mismo que el borde de púrpura, tanto a los magistrados ***con imperium***, como a los censores y a los ediles patricios.

Además de los ya mencionados lictores, se nos ofrecen otros subalternos especialmente los mensajeros o enviados (***viatores***), destinados en un principio a llevar a conocimiento de las particulares personas las órdenes de los magistrados, y a los pregoneros (***praecones***), destinados principalmente a dar publicidad a los acuerdos y preceptos que los magistrados superiores ordenaban para el público en general; para las atenciones y necesidades religiosas o ***sacrales*** había los trompeteros (***tibicines***), los polleros (***pullarii***), los inspectores de entrañas (***haruspices***) y otros servidores de diferente especie, retribuidos. Pero la categoría más importante y más saliente de los subalternos la formaban los escribientes que prestaban sus servicios en el ***Aerarium*** (***scribae***), a los cuales se les daba el nombre de sus más inmediatos superiores, los cuestores y los ediles curules; pero de hecho por lo mismo que no sólo llevaban las cuentas del Estado, sino que además tenían en su poder las listas públicas y los documentos públicos en general, a quienes verdaderamente servían y auxiliaban era a los magistrados superiores, y en primer término a los cónsules. La materia toda de contabilidad pública estaba en manos de estos subalternos, que en realidad eran permanentes.

La comunidad pagaba las prestaciones que se le hacían, siempre que las mismas arrancaran de algún contrato especial, como acontecía por ejemplo, con los empresarios de las obras públicas y con los lictores. También por el servicio militar se pagaba una compensación; este pago se hacía antiguamente por los distritos, pero bien pronto quedó a cargo de la caja de la comunidad. Igualmente, al funcionario público que prestare al propio tiempo servicio militar, podía concedérsele un sueldo, y aun el alto sueldo de caballero.

Con respecto al desempeño de los cargos públicos dentro de la ciudad, hubo de establecerse en general la siguiente regla: que los desembolsos necesarios para tal desempeño corrieran a cuenta de la caja de la comunidad, y que los rendimientos que el cargo produjese se ingresaran en esa misma caja.

Los magistrados y los comisionados que la comunidad tenía fuera de Roma obtenían los fondos necesarios para el desempeño de sus funciones, parte recibiéndolos en dinero de la caja del Estado, que la mayoría de las veces los prestaba en forma de anticipo, determinando o no, según las circunstancias, el empleo que se les había de dar, y parte acudieron al derecho de requisición que a tales funcionarios se les concedía.

Además, se les permitió, con mayor amplitud aún, el atender a las necesidades propias con una indemnización en dinero, que regularmente redundaba en provecho suyo, y que era muy subida. De esta clase eran las cantidades asignadas para viajes a los embajadores de la comunidad (***viaticum***), los gastos de equipo concedidos a los gobernadores de las provincias (***vasarium***), las pensiones diarias señaladas a los subordinados y auxiliares por sus superiores (***cibaria***), del propio modo que las análogas, consideradas justamente como gratificaciones, concedidas para sal (***salarium***) y para vino (***congiarium***), y que el magistrado supremo tenía derecho a incluir en las cuentas que rindiese.

Pero aquí también penetró vigorosa y diligentemente la obra del Principado, sustituyendo por otro al antiguo sistema, vicioso y degenerado por los abusos; al efecto, abolió el carácter gratuito que en principio correspondía a los magistrados que funcionaban fuera de Roma y les señaló un elevado sueldo.

BREVE ESTUDIO DE LAS MAGISTRATURAS REPUBLICANAS

a) **EL CONSULADO.**- Los cónsules, "***cosaltadores***" constituían la más alta magistratura republicana, ya que los cónsules ejercían la totalidad del ***imperium*** que en la monarquía correspondía al rey. Y así como con la palabra ***rex*** se designaba la totalidad del ***imperium***, todo el ***imperium*** abarcaba también el concepto de los cónsules, éstos concentraban en sus manos una potestad que puede asegurarse tenía carácter ilimitado. Además, se llamó a éstos, por razón de los dos aspectos principales del ***imperium***, ***praetores***, probablemente los guías o jefes, y ***iudices***, los administradores de justicia[61].

El número de dos, que es con el que comenzó el consulado, se mantuvo hasta los tiempos más avanzados. El cargo estaba reservado al principio

[61] HERNÁNDEZ CANELO, Rafael; *Historia del Derecho romano*, op. cit. pg. 61.

a los patricios, se admitió desde el año 367 a.C. a patricios y a plebeyos, dándose un puesto a cada clase.

El nombramiento del cónsul, y posteriormente la dirección de las elecciones consulares, no podían realizarlos sino el cónsul o el dictador, y en caso de vacantes de estos puestos, el ***interrex;*** ese nombramiento no podía tener lugar sino en los comicios centuriados.

La extensión territorial del ***imperium*** del cónsul era diferente según se tratara del régimen de la ciudad o de la guerra; pero bien puede considerarse como general ese ***inperium*** , en primer término porque cada uno de los cónsules ejercía su poder sucesivamente en las esferas dichas o sea primero en la ciudad y luego en el campo de la guerra, en segundo término, y sobre todo porque el ***inperium militar*** de los magistrados de que se trata revestía de derecho carácter de generalidad por lo que al territorio se refiere, no siéndole aplicables las limitaciones que por razón del lugar se imponían por el ministerio de la ley al ***imperium*** de los pretores, análogo por lo demás al consular.

La duración del consulado estuvo sujeta en un principio a la ley de la anualidad, pero durante el principado se fue acortando cada vez más éste, hasta el punto de que los cónsules no llegaron a funcionar a menudo más que algunos meses. Durante Sila, conforme a las reglas de la ***prorogatio,*** el cargo se hizo bienal, durante el primer año o sea el verdadero consulado, el cónsul despachaba los asuntos en Roma y el año siguiente mandaba en calidad de procónsul un territorio provincial de límites determinados. Desde los tiempos de Augusto, quedó suprimida la continuidad entre las funciones de la ciudad y las provincias, prescribiéndose que entre el consulado y el proconsulado mediara un intervalo cuando menos de cinco años, posteriormente se extendió a la pretura [62] .

En lo referente a la competencia, según MOMMSEN no puede decirse que los cónsules tuviesen una competencia determinada, pues exceptuando el orden religioso, el consulado abarcaba, como abarcó la monarquía, la totalidad del poder propio de los magistrados, es decir que el consulado significaba, igual que la monarquía, la concentración de los derechos soberanos en una sola y la misma persona. El cónsul primitivo, era lo mismo que el rey, el soberano de la comunidad así en los tribunales como en la campaña y era igualmente el único magistrado, no existiendo al lado suyo sino auxiliares nombrados por él y obligados a prestarle obediencia. Esta plenitud de poderes no experimentó

[62] MOMMSEN, Teodoro; *Compendio del Derecho público romano*, Op. Cit. Pg. 268 a 270.

teóricamente ataque alguno, aun cuando realmente si sufrió merma, cuando en el andar del tiempo, se encomendó a auxiliares el desempeño de importantes negocios correspondientes al cargo consular, como por ejemplo, a los cuestores los procesos capitales y la administración de la caja, y el censo a los censores; ni siquiera dejó de existir tal plenitud de poder cuando se crearon colegas menores de los cónsules para despachar determinados negocios. v.gr. Los pretores para ejercer jurisdicción[63].

De hecho pertenecía al cónsul sobre todo la dirección de la administración y de la policía en el régimen de la ciudad, igualmente que las negociaciones y tratos con el senado y con la ciudadanía y era también atribución suya todo lo referente a la guerra, siempre que ésta no pudiera ser dirigida dentro de una provincia por la autoridad correspondiente.

b) LA PRETURA.- Refiere MOMMSEN que en un principio no fue introducida la pretura con el carácter legal de un cargo independiente y sustantivo, sino como una ampliación del consulado, consistente en añadir a los dos puestos de cónsules, que ya existían, otro con diferente competencia que éstos. Agrega que en realidad, los pretores fueron verdaderos magistrados independientes, más que colegas menores de los cónsules (***collegae minores***), que era la consideración legal que se les daba.

La Pretura comenzó a existir cuando la jurisdicción constituyó una esfera independiente de los negocios. En los primitivos tiempos, la jurisdicción se contaba entre las atribuciones del rey y de los cónsules, y ella fue probablemente el punto de partida y la piedra angular del poder de éstos. Pero la unión de la jurisdicción con el cargo de jefe del ejército en una misma persona hubo de originar bien pronto graves inconvenientes, que no pudieron obviarse de manera satisfactoria ni con la institución del prefecto de la ciudad ni con la no permanente de los tribunos consulares[64].

El pretor fue el magistrado que administró justicia por excelencia en Roma. Surgido al principio del patriciado y escogido y más tarde de los plebeyos, fue la figura eminente en la jurisprudencia romana. Legislador, juez y ejecutor, se confundieron en su persona estos tres grandes atributos. El período clásico debe a este magistrado todo su brillo y esplendor. Fue tan pujante su actuación, tan revolucionaria su doctrina, tan huma-

[63] MOMMSEN, Teodoro; *Compendio del Derecho público romano,* op. cit. pg. 270, 271.
[64] MOMMSEN, Teodoro; *Compendio del Derecho público romano,* op. cit. Pg. 278, 279.

nitaria su labor, que fue capaz de crear al lado del viejo y estricto derecho civil, un derecho nuevo, el derecho pretorio[65].

El cargo de pretor fue único durante mucho tiempo, rompiendo el principio de la colegialidad. Al crearse la pretura en el año 367 a.C. se designó un ***praetor urbanus*** para conocer los litigios entre ciudadanos. Después de la Primera Guerra púnica[66], hacia el año 242 a.C., la magistratura se hace colegiada al crearse el ***pretor peregrinus*** para resolver los pleitos seguidos entre un ciudadano romano y los que carecían del derecho de ciudadanía o entre éstos últimos, esto es entre extranjeros. Después fueron creados pretores para el conocimiento de ciertas materias: era ya la especialización en el derecho. Así fue creado el ***pretor tutelaris,*** para las tutelas, el ***fideicommissarius,*** para regular las cuestiones relativas a los fideicomisos, el ***liberalibus causis*** en la época de los Severos, para conocer de las cuestiones de libertad, etc.

En el último siglo de la República fueron instituidos tribunales distintos según las clases de delitos, en esos tribunales el pretor además de ejercer la jurisdicción, *a menudo se convertía también en director y guía del proceso.* Fuera de los pretores que funcionaban en Roma, sólo administraban justicia los *lugartenientes del pretor* en los municipios; la administración de justicia de los territorios ultramarinos dependientes se confiaba a un tribunal propio; *el tribunal Siciliano* - ***praetor siciliae*** - instituido poco después que la pretura para los extranjeros, hacia el año 227 a.C.; este Tribunal se aplicó principalmente a los asuntos civiles. A medida que aumentaron las posesiones ultramarinas se crearon nuevas preturas.

En la República el número de pretores varió muchísimo. Antes de Sila se nombraron anualmente 6 pretores, según la organización de Sila 8;

[65] CUENCA, Humberto, op. cit. Pg. 22, 23.

[66] *Primera Guerra Púnica.*- (264-241 a.C.) El ejército cartaginés aliado de Siracusa. Sitió la ciudad Mesina, situada en las costas de Sicilia, motivo por el cual Roma declaró la guerra a Cartago. La lucha duró 23 años, los romanos desalojaron a los cartagineses de las Costas de Sicilia, posteriormente la flota romana derrotó a la escuadra cartagineses en Miles, cerca de Mesina. Otra flota dirigida por el coronel MARCO ATILIO RÉGULO desembarcó en las costas africanas, pero fue derrotado por **Xantipo**, un espartano mercenario al servicio de Cartago. Después de este fracaso la guerra se localizó en Sicilia, los cartagineses confiaron las operaciones al joven AMILCAR BARCA quien efectuó devastaciones en las costas itálicas y sicilianas. Los romanos ocuparon el Puerto de **Hipona** e incendiaron las naves ahí ancladas... SECCO ELLAURI - BARIDON; *Historia Universal* ROMA, Undécima Edición, Editorial KAPELUSZ, Buenos Aires, 1972, pg. 72, 73.

en tiempo de César hasta 16; bajo el principado, hasta 18, a menudo se nombraron también menos[67].

En cuanto a la jerarquía los pretores pertenecían a la magistratura suprema. La duración era por el plazo de un año, Sila estableció 2 años, el primer año como pretor ejercía la jurisdicción dentro de la ciudad y el año siguiente en un gobierno de provincia en calidad de pro*pretor o procónsul.*

Los pretores provinciales, además del ejercicio de la jurisdicción tenían al mando militar en su respectiva circunscripción.

Sus atribuciones normales, el pretor, las ejerce por medio del Edicto basado en la ***iurisdictio*** de que está dotado; pero además como también tiene el ***imperium*** para hacer cumplir sus decisiones, a menudo dicta decretos y resoluciones de carácter extraordinario, como las estipulaciones pretorias y los interdictos que emanan de su ***imperium***. El Edicto era la comunicación dirigida al pueblo sobre las normas a que había atenerse para administrar justicia, fijadas en la *tablas blancas* (***album***) era promulgado al comienzo del año en que comenzaba sus funciones[68].

Ilustres jurisconsultos fueron los pretores **Aquilio Galo,** por cuya iniciativa fue promulgada la célebre ***Ley Aquilia***, **Labeón**, que compuso más de 400 libros, **Cayo Cassio Longino**, que escribió sobre Derecho Civil, el ilustre **Salvio Juliano**, autor del ***Edicto Perpetuo***.

Refiere GAYO que en cuanto al ***Ius Edicendi,*** lo tenían los magistrados del ***populus romano***, pero su más amplio caso de aplicación se encuentra en los edictos de los pretores, el urbano y el peregrino, cuyas jurisdicciones son desempeñadas en las provincias por los gobernadores (***praesides***). También se advierte su aplicación en los **Ediles Curales**, cuya jurisdicción en las *provincias del* ***populus romano (Provinciae Populi Romani)*** la tienen los cuestores, pero no ocurre lo mismo en las ***provinciaes*** *imperiales* ***(Provinciae Caesaris)***, ya que a ellas no se envían cuestores y, por tanto este edicto de los Ediles no existe en esas provincias[69].

Cada pretor sea urbano o peregrino publica su ***edictum*** en las tablas del ***album*** al comienzo de su magistratura anual, es decir *en las calendas de enero* y lo libra al conocimiento público. En dicho Edicto figuran las *formulas* de las acciones, decretos, interdictos y demás disposiciones so-

[67] MOMMSEN, Teodoro, *Compendio del Derecho público romano,* op. cit. Pg. 280,281.

[68] CUENCA, Humberto; op. cit. Pg. 23.

[69] GAYO; ***INSTITUTAS***, Texto traducido por Alfredo di Pietro, Quinta Edición, ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 1997, pg. 55 a 57.

bre el ejercicio de la ***iurisdictio***. El edicto expira el día mismo en que el pretor finaliza su cargo (**lex *annua***), y más concretamente ***edictum perpetuum*** si bien duraba solamente el año de la magistratura. El pretor que lo sucede no estaba obligado a adoptar el mismo edicto, pero el uso habitual fue el de renovarle su vigencia (por el hecho de trasladarlo a un nuevo período se lo llamó ***tralaticium***, aunque también podía agregarle nuevas proposiciones (***pars nova***) a lo que existía (***pars tralaticia***). De todos modos *la* ***iurisdictio*** del pretor no se agota con la decisión judicial, ya que ante cualquier caso concreto que se presentaba podía dictar una solución subrepticia al mismo (***edicto repentinum***).

En la época de **Adriano** se encomendó al jurista **Salvio Juliano** la codificación ordenada del edicto de los pretores, obra que se conoce como el ***Edictum Perpetuum***, reconstruido hoy día por el monumental trabajo de LENEL. Este Edicto de Salvio Juliano se tornó obligatorio debiendo ser observado por pretores y jueces, sin embargo, continuase manteniendo el ***ius edicendi***[70].

c) **LA CENSURA**.- El ***census*** etimológicamente juicio, examen, esto es la fijación de las personas que en un momento determinado pertenecen a la comunidad y de sus bienes, al intento de regular las prestaciones con que cada una de ellas está obligada a contribuir; acto preparatorio, por consiguiente, de la formación del ejército y de la lista de ciudadanos, fue considerado entre los romanos, y con razón, como un atributo originario de la magistratura suprema[71].

En la jerarquía de los magistrados, la censura sólo, ocupó en un principio el más alto puesto de los correspondientes a funcionarios desprovistos de *imperium*, y no pocas veces fue el cargo que desempeñaron los cónsules antes de pasar al consulado; gradualmente fue elevándose el valor publicó de esta función, correspondiendo desde antiguo cubrir los puestos de caballeros, bien pronto se confió la facultad de cubrir los puestos de senadores.

Los censores eran elegidos por los comicios, a propuesta de los cónsules, cada cinco años, durando sus funciones 18 meses, realizaban el censo de la población, ubicando a los ciudadanos en clases establecidas mediante la *reforma serviana*. Entre los varios censos había que transcurrir, necesariamente un intervalo. En Roma este intervalo, en cuanto sabemos, no fue nunca fijado legalmente; a lo que parece la duración normal del mismo fue de cuatro años en un principio y de cinco después.

---

[70] Notas a las Institutas de Gayo por ALFREDO DI PIETRO.

[71] MOMMSEN, Teodoro, *Compendio del Derecho público romano*, op. cit. Pg. 291.

Los derechos honoríficos del censor estaban sometidos al influjo de la diferente manera como era apreciado el cargo, tanto jerárquicamente como por la costumbre. No se les concedían *fasces*, ni tampoco de derecho de *silla curul*; en cambio, el fue el único de todos los funcionarios al que se le concedió el uso de todo el vestido de púrpura, cuando menos en los funerales.

Ellos eran los que concedían o negaban el derecho de ciudadano y el derecho de sufragio, los que regulaban la obligación del servicio militar y la de los impuestos, parte integrante de su función era la formación de la caballería de ciudadanos, y posteriormente del orden de los caballeros, además le correspondía dar reglas sobre la vida económica de la comunidad, así en lo relativo a los ingresos como a los gastos, también intervenían en la concesión de contratos de obras públicas y en los arrendamientos de terrenos estatales.

Su función fue muy prestigiada, tenían el derecho de confirmar o nombrar a los senadores, facultad conferida por la ***lex Ovinia.***[72] del año 312 a. C. para confeccionar la lista de los miembros del senado - ***Lectio Senatus*** - que hasta entonces había pertenecido a los cónsules; fueron elegidos entre los ciudadanos experimentados se trataba de ex cónsules.

d) **LA EDILIDAD**.- La palabra ***aedilis*** no puede significar otra cosa sino el maestro doméstico y dueño de los edificios. Había tres categorías de ediles; los ***aediles plebis o plebeii*** los cuales se originaron , juntamente con el tribunado de la plebe, de las luchas de clase; los ***aediles curules***, instituidos como magistrados de la comunidad patricio - plebeya, juntamente con los pretores, el año de 367 a.C. y los cuales recibieron su nombre de la silla curul o jurisdiccional que les concedió y que no tenían sus colegas; los ***aediles Ceriales*** , instituidos por el dictador César, que funcionaron desde el año 43 a.C. y cuya denominación provino de la inspección oficial que los mismos estaban obligados a verificar sobre las distribuciones del grano al pueblo [73].

---

[72] **LEX OVINIA**.- Ley rogada propuesta por el tribuno **Ovinius,** probablemente votada entre el 318 y 312 a.C., suprimiendo el carácter vitalicio de la función senatorial y encargado a los censores el revisar y completar, con ex magistrados cada cinco años, la composición del Senado. **Lectio Senatus**.- GUTIÉRREZ - ALVIZ Y ARMARIO, Faustino; *Diccionario de Derecho Romano*, Tercera edición, REUS, S. A., Madrid, 1982, pg. 412.

[73] MOMMSEN, Teodoro; *Compendio del Derecho público romano,* op. cit. Pg. 300.

Tanto los ediles plebeyos como los ***ceriales*** fueron siempre tomados de la plebe. La edilidad curul, parece en un principio correspondía a los patricios, sin embrago en el segundo año se permitió también a los plebeyos el acceso a ella.

En la Jerarquía, los ediles plebeyos, mientras existieron ellos solos, ocupaban un puesto detrás de los tribunos del pueblo, y eran con relación a éstos lo que los cuestores con respecto a los cónsules. Al establecerse la edilidad curul, se le dio un puesto fijo en la serie de los magistrados de la comunidad, entre la cuestura y la prefectura, pero por encima de la cuestura, posteriormente se hizo extensivo, gradualmente a la edilidad plebeya, por ley la posición de la edilidad plebeya era inferior al tribunado del pueblo; pero con el tiempo esta relación hubo de cambiarse, siendo considerada la edilidad como más alta que el tribunado.

Los ediles curules eran elegidos en los comicios patricios – plebeyos por tribus, bajo la dirección de un cónsul o de un pretor, y los ediles plebeyos, al menos los dos más antiguos, eran elegidos en la asamblea plebeya reunida por tribus, bajo la dirección de un tribuno del pueblo.

No hay datos suficientes para conocer cuál fue la competencia originaria de la edilidad, es de presumir que los ediles sirvieran en general de auxiliares a los tribunos y que luego les correspondiera custodiar el templo de Ceres[74] bajo la inspección de los tribunos, los documentos escritos que garantizaban los derechos de la plebe, así como el cargo de inspección y policía. Más tarde se añadió la edilidad patricia plebeya, empezó a desempeñar la doble función de la policía y vías. Aquella parte de dicha policía que implicaba ejercicio de jurisdicción debió reservarse a los ediles curules, pues los *quasi colegas plebeyos* no tenían legalmente carácter de magistrados. La jurisdicción concedida a los ediles que eran magistrados de la comunidad, del propio modo que las insignias otorgadas a los mismos, están demostrando que esos ediles participaban del ***imperium***, y por tanto que en cierto sentido se les conceptuaba como colegas menores de los magistrados supremos[75].

La Edilidad curul nació conjuntamente con la prefectura en el año 367 a.C., y sus funciones consistían en[76] :

La Cura urbis, que se refería al cuidado de la ciudad, el ornato y la habitabilidad de los edificios, la circulación pública, y los caminos, la vigilan-

[74] CERES.- Mit. Romana. Nombre romano de Démeter.

[75] MOMMSEN, Teodoro, *Compendio del Derecho público romano,* op. cit. Pg. 301 a 303

[76] HERNÁNDEZ CANELO, Rafael; Historia del Derecho romano, op. cit. pg. 63 y 64.

cia nocturna y los servicios de incendio, vigilar también a las *mujeres de la vida galante, llamadas cuestuarias o meretrices.*

La curis annonae, que abarcaba la concerniente a la policía de los mercados, por lo cual le correspondía la vigilancia de precios y del abastecimiento en general; y

La cura ludorum, que se manifestaba en la promoción y control de los espectáculos públicos.

e) **LA CUESTURA.**- Apareció en Roma con el consulado y constituyó una magistratura de rango menor. Así, en el año 421 a.C. se concedieron a cada cónsul dos cuestores en calidad de auxiliares, uno para el desempeño de su cargo en la ciudad y otro para el desempeño de sus funciones militares, y luego en el año 267 a.C. fueron instituidos cuatro puestos más de cuestores para ayudar a los cónsules a administrar la Italia; de suerte que el número de cuestores se elevó a ocho. Cuando poco tiempo después se instituyeron magistrados supremos para regir los territorios ultramarinos, se dispuso que a cada lado de esos magistrados hubiera de funcionar un cuestor.

Del mismo carácter de función auxiliar que desde su origen tuvo la cuestura, se desprende que el lugar que ésta ocupara en la jerarquía de los magistrados había de ser el último; luego que se formó una serie fija de magistraturas el cargo de cuestor era el primer paso de la carrera política, de dónde provino posteriormente la importante consecuencia de que los cuestores adquirían derecho a ser senadores vitalicios.

El cuestor no disfrutaba de ninguno de los derechos honoríficos concedidos a los magistrados; ni siquiera *tenía* ***imperium*** propio ni potestad coercitiva, como los magistrados, aún en tiempos posteriores se le consideró más como auxiliar que como representante de la comunidad.

Refiere MOMMSEN[77] que la esencia de puesto auxiliar que corresponde al de cuestor parece exigir que la competencia de éstos fue tan amplia, a lo menos originariamente. El cuestor intervino, sí, desde su origen, en una gran variedad de asuntos. En la jurisdicción para resolver asuntos privados, que fue en un principio la función más esencial de los cónsules dentro de la ciudad y que luego pasó a los pretores, no tuvieron jamás los cuestores intervención alguna; si la tuvieron, en cambio, en el ejercicio de la coerción y en los juicios criminales, en tanto y en cuanto éstos se hallaban sometidos a la provocación de los comicios, del propio modo

[77] MOMMSEN, Teodoro; *Compendio del Derecho público romano,* op. cit. pg. 305 a 310.

que la de caja de la comunidad. Los cuestores encargados del juicio criminal, se llamaban ***quaestores parricidii***.

f) **EL TRIBUNADO DE LA PLEBE.**- Magistrados de carácter netamente popular, típica magistratura plebeya, fueron elegidos primero por el comicio por curias y más tarde por el comicio por tribus; eran los encargados de defender los derechos de la plebe, de los abusos de los ciudadanos y magistrados patricios.

La tradición romana cuenta que en el año 494 a. C. en momentos en que el poder de los patricios se había fortalecido con la conjura que terminó con los reyes etruscos, los plebeyos decidieron retirarse al Monte Sacro, y ante la creación de los *Tribunos de la Plebe* regresaron a Roma.

En un principio fueron dos, luego fueron cuatro y finalmente diez. *Carecían* ***del imperium*** pero gozaban del derecho de *veto*. El *veto tribunicio* -***intercessio***- llegó a hacer inaplicables las decisiones de los cónsules y a dejar sin efecto los pronunciamientos del senado, las propuestas de leyes y las convocatorias y elecciones del comicio.

Además del ***ius intercessionis***, los tribunos gozan del ***ius agendi cum plebe***, que les facultaba para convocar a reunión a las asambleas del pueblo -***concilia plebis***-. Pudieron también arrestar o condenar a los magistrados superiores y hacerles comparecer ante los comicios plebeyos.

Con el Tribunado nació una magistratura plebeya de carácter auxiliar, *el edilato de la plebe*. Los ediles que eran designados en la concilia ***plebis*** a propuesta del tribuno tuvieron funciones de carácter municipal. En cuanto a la jerarquía, se les considera como superiores a los jefes plebeyos de menor derecho, esto es, a los ediles. Desde Augusto el tribunado fue considerado como intermedio entre la Cuestura y la Pretura.

El tribuno del pueblo no funcionaba más que dentro del ámbito territorial de la ciudad; el ***imperium*** militar no le fue jamás concedido.

Al tribuno de la plebe no le correspondían los derechos honoríficos de los magistrados, *fasces*, ***toga praetexta*** (*franja roja en el vestido blanco del ciudadano*) y *silla curul*, por cuanto no fue instituido con el carácter de Magistrado de la comunidad, ni llegó a adquirirlo tampoco después de un modo legal. Tan sólo se le *concedió el derecho de asiento: banco tribunicio*[78].

---

[78] MOMMSEN, Teodoro; *Compendio del Derecho público romano*, op. cit. pg. 288.

Estos magistrados fueron los iniciadores de las ***Asambleas Plebeyas*** donde se deliberaron y votaron las decisiones denominadas ***plebiscitos*** que en un principio sólo tenían fuerza obligatoria y respecto de los plebeyos, pero más tarde por obra de la *Ley hortensia* del año 287 a.C., se hacen obligatorios para todos los ciudadanos, pasando a constituir una importante fuente del Derecho.

g) **LA DICTADURA.**- la denominación que a éste magistrado se daba era la de *Magíster Populi,* o sea el Maestro del Ejército; posteriormente se acostumbraba llamarle *Dictador.* Este cargo lo mismo que del Cónsul estuvo reservado en un principio a los patricios, pero los plebeyos tuvieron acceso también a él, más tarde cuando conquistaron el derecho a ser nombrados cónsules.

Esta magistratura era designada para casos excepcionales, creada en momentos de grave peligro o conmoción pública, y esta designación recaía generalmente en la persona de uno de los cónsules; la dictadura era el más alto puesto en la jerarquía de los magistrados, lo demuestra su posición de superioridad con respeto al consulado, tenía una particularidad que consistía en corresponder por derecho político al dictador de la plenitud del poder, y sin embargo limitarse de hecho a ejercer facultades determinadas, pues mientras por Derecho podía el dictador desempeñar cualesquiera y todo los asuntos propios del cargo consular.

El dictador permanecía en el cargo mientras se mantuviera el problema y como máximo durante seis meses, sin embargo al final de la época republicana este carácter de transitoriedad cambió; Sila, por ejemplo con la intención de reorganizar la administración, ocupó el cargo desde el año 82 hasta el 79 a.C. y Julio César lo retuvo desde el año 49 hasta su muerte en el año 44 a.C.[79].

No sólo los derechos honoríficos del dictador eran los mismos que los del cónsul, sino que el primero llevaba doble número de fases que el segundo; más por consiguiente de las que un día llevaba el Rey.

El dictador estaba exento de la rendición inmediata de cuentas a que daba lugar la institución de la cuestura; originariamente no se conocía provocación ni tampoco intersección tribunicia contra el derecho de coacción y penal ejercido por el dictador dentro de la ciudad; la intersección de los tribunos del pueblo con respecto al dictador fue abolida muy luego, según parece a mediados del siglo V de la ciudad. La dictadura fue

[79] HERNÁNDEZ CANELO, Rafael; Historia del Derecho romano, op. cit. pg. 65.

considerada siempre y no sin razón como una institución monárquica dentro del sistema republicano, y envolvía el retorno de la Monarquía, si bien más tarde de nombre que de hecho[80].

h) **DECENVIRATO LEGISLATIVO.**- Magistratura extraordinaria creada en el año 445 a.C., integrada por 10 magistrados varones denominados ***decenviros*** (*decem*-10 y *virus*-varones) encargados de redactar la ***Ley de las 12 Tablas***, que se cristalizó en el año 451 a.C. y durante el plazo en que cumplió su misión reemplazó a las magistraturas ordinarias de la República.

Existieron algunas otras magistraturas extraordinarias de rango inferior, como la ***Praefectura Urbi***, que se conoce desde el período regio, pues su titular el ***Prefecto Urbano o de la Ciudad*** era el magistrado que el cónsul nombraba para que lo reemplazara en la jefatura de la ciudad en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales cuando se ausentaba de Roma. También el ***Interregnum***, que proviene del ***interrex*** de la monarquía, tiene en la república el carácter de la Magistratura Extraordinaria, aparecía en caso de vacancia del Consulado y era ejercida por los Senadores durante 05 días hasta que se producía la elección del cónsul.

2. EL SENADO

Como se ha visto originariamente el Senado fue un cuerpo consejero del rey, a la caída de la reyecía crecen sus atribuciones y paulatinamente va tornándose órgano predominante colocándose en la cúspide de las instituciones políticas republicanas, tenía atribuciones legislativas, judiciales, financieras y de relaciones exteriores. ***La Ley Publilia*** decide que las leyes sancionadas en los comicios centuriados tengan pleno valor desde el momento de su votación sin necesidad de su ulterior ratificación por el Senado.

El Senado se reunía a convocatoria de un magistrado que poseyera el ***ius agendi cum patribus***, como el cónsul, el dictador, el pretor o el **interrex**, los que a su vez ejercían su presidencia. Las decisiones del Senado, que se designaron con el nombre de senadoconsultos -***Senatusconsulta***-, regularon cuestiones de derecho público, pero a partir del período imperial, constituyeron una importante fuente del derecho privado romano.

Sus miembros eran elegidos por los cónsules, y por disposición de la *Lex Ovinia* probablemente del año 312 a.C. traslada de los cónsules a los censores la facultad de elegir a los senadores -***lectio senatus***-.

[80] MOMMSEN, Teodoro; *Compendio del Derecho público romano*, op. cit. pg. 276 y 277.

Servio Tulio admitió la incorporación de los plebeyos al Senado, pero éstos hasta bien avanzada la República, no se confunden con los patricios, quienes continúan desempeñando las principales funciones.

3. LOS COMICIOS

El pueblo, tercer elemento de la constitución política romana, estaba representado, al advenimiento de la República, por tres clases de asambleas populares: *los comicios por curias, comicios por centurias y comicios de la plebe.* Más tarde aparece otro organismo popular: *los comicios por tribus.*

a. **COMICIOS CURIADOS -*Comitia Curiata*-**, nacidos con la ciudad de Roma, subsisten en la República por algún tiempo, pero pierden importancia, sus funciones son cada vez más restringidas, intervienen sólo en determinados actos religiosos de derecho privado como *adopciones, adrogaciones, confección de testamentos*, como el ***testamentum in calatis comitiis***[81]. Se reunían bajo la presidencia del Gran Pontífice, Jefe de la Iglesia.

   A fines de la República el comicio curiado es un mero recuerdo histórico, que está representado por treinta lictores[82], uno por cada curia.

b. **COMICIOS POR CENTURIAS.-** ***Comitia Centuriata***- fueron creadas por el rey etrusco **Servio Tulio** adquiere su real importancia en la República al asumir la potestad legislativa que fue la nota característica de las asambleas populares romanas. Eran convocados por un magistrado *cum imperio. Esta asamblea sesiona en el Campo de Marte* que está fuera de la ciudad.

   Dictaban leyes de orden público, las que no necesitaban la ratificación del Senado: tenían atribuciones legislativas, judiciales, electorales y de política exterior. Sus atribuciones judiciales lo hacían competente para entender en los casos en que los condenados a pena capital interpusieran la ***provocatio ad populum***. En lo electoral correspondía al comicio la elección de los magistrados mayores: cónsul, pretor y censor. En política exterior le competía decidir sobre la guerra y la paz y sobre la celebración de acuerdos internacionales.

---

[81] ***Testamento calatis comitiis***. Es el testamento que el paterfamilias hacía en tiempo de paz, frente al comicio curiado, cuando la asamblea se reunía para este fin, dos veces al año.- Marta Morineau Iduarte y Ramón Iglesias Gonzalez; Derecho Romano, 2da. ed., Editorial HARLA, S.A., México, pg. 215.

[82] Lictor. Oficiales subalternos que precedían al monarca y a los cónsules cuando asistían a ceremonias públicas portando las *fasces*, y al propio tiempo estaban encargados de la ejecución de órdenes y otras funciones de policía. (D. 40, 2, 8, 23).

c. **COMICIOS POR TRIBUS** -*Comitia Tributa*- Esta modalidad aparece durante la República[83], son los comicios más democráticos, los ciudadanos se agrupan atendiendo a un criterio territorial basado en el domicilio, participa toda la ciudadanía, sin distinción de clase social.

La ciudad de Roma estaba dividida en 4 sectores o tribus: ***Collina, Palatina, Esquilina*** y ***Suburana*** y el campo romano en 31 tribus. Así territorialmente queda determinada la existencia de 4 tribus urbanas y 31 rústicas. También en estas asambleas es la mayoría de las tribus quien decide, de manera que el triunfo correspondía siempre a las tribus rústicas, a las que pertenecían los más acaudalados ciudadanos, los terratenientes.

Los comicios por tribus tuvieron poderes semejantes a los comicios centuriados, con los cuales coexistieron mucho tiempo. En sus funciones legislativas bien pronto su labor superó a la de las asambleas centuriales en materia de derecho privado. La actividad electoral alcanzaba a la designación de magistrados menores, como los cuestores y los ediles. Tuvieron también funciones judiciales, conociendo en grado de apelación las sentencias condenatorias de carácter pecuniario o sea con pena de multa.

d. **LOS CONCILIA PLEBIS o Asambleas de Plebeyos**.- Aparecen en la República, se trata de asambleas de la plebe, reunidos en 35 grupos, uno por cada tribu, presididos por un tribuno. Deliberaron en el Foro, y las decisiones votadas llamadas ***prebiscita*** no eran obligatorias en un principio más que para la plebe. Son obligatorios los plebiscitos para los patricios, desde el año 287 a.C., según la **Ley Hortensia**; en esta asamblea se elegían a los ***tribuni plebis*** y a los *ediles plebeyos*; y acogen la ***provocatio*** contra determinadas penas impuestas por los tribunos.

5.3. FUENTES FORMALES DEL DERECHO EN LA REPÚBLICA

En la República ya existieron verdaderas fuentes formales del derecho. *La costumbre* sigue existiendo al igual que en el período anterior, pero por otro lado ya contamos con la presencia del *derecho escrito o legal, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados* y *la jurisprudencia.*

LA LEY: SUS PARTES

Ley *es la que el pueblo romano establece a propuesta de un magistrado senador*, v. gr. El cónsul. Por la palabra *pueblo*, entiéndase los patricios y plebeyos

[83] SABINO VENTURA SILVA, refiriéndose a los comicios por tribus, nos dice que según unos, esta asamblea tendría su origen en la reforma atribuida a Servio Tulio; según otros en el gobierno republicano.- Su obra *Derecho Romano -Curso de Derecho Privado-*, Duodécima ed., Editorial PORRÚA, S.A., México, 1995, pg. 17.

reunidos, a quienes también se le dio el nombre de quirites. El dictador, el tribuno militar, con potestad consular, los decemviros y el pretor también estuvieron autorizados para proponer leyes. Éstas se hicieron al principio en los comicios curiados; y después por los votos de las centurias o de las tribus[84].

La ley es cualquier deliberación de contenido normativo que viene del ***populus romanus*** reunido en los comicios sobre la propuesta del magistrado y confirmada por el Senado. Constaba de tres partes: a. ***La praescriptio,*** contiene el nombre del magistrado proponente, del cual la ley tomaba su nombre; el lugar y la fecha de la votación; la clase del comicio, centuria o tribu, que votó primeramente, y el nombre del ciudadano que primero lo hizo dentro de ellas; b. ***La Rogatio,*** es el contenido o texto de la ley y c. ***La Sanctio,*** establece las disposiciones para asegurar la observancia de la ley.

En atención a la procedencia, las leyes podían ser divididas en *curiadas* y *centuriadas,* las primeras son emitidas en comicios por curias y las segundas por centurias, a ambas también se les denomina ***leges rogatae,*** para distinguirlas de las ***leges datae*** que eran emitidas por los distintos magistrados en ejercicio de sus funciones.

La exposición anterior sobre las partes de la ley, se refiere a una ***lex rogatae,*** votada en los comicios (no curiados) y propuesta por el magistrado al pueblo.

LA LEY DE LAS XII TABLAS

Se puede decir que esta ley representa el primer monumento legislativo del pueblo romano, es considerada como la más importante de las leyes del Derecho Romano y contiene toda la ciencia legal de los antiguos romanos. Recopiló las más antiguas reglas del Derecho Público, Criminal, Privado, Sacro y Procesal, comunes para patricios y plebeyos; fue la primera y última codificación verdadera y propiamente tal de Roma. Pasó a ser como el ***Estatuto Fundamental, como el arca santa del Derecho Romano.***

Del ***ius non scriptum*** o consuetudinario, se pasa en Roma al ***ius scriptum*** cuando hacía a mitad del siglo V a.C. en plena época republicana se dicta la **Ley de las XII Tablas** llamada también **Código Decenviral.**

De ella derivan todas las leyes dictadas hasta Justiniano que no hacen sino desenvolver sus disposiciones. Ha sido alabada justamente por sencilla y concisa. Rigió la vida de los patricios y los plebeyos, pero no obstante, en adelante se prohíbe a éstos ocupar cargos públicos, de contraer matrimonio con los patricios.

---

[84] **J. HEINECCIO**; op. Cit. pg. 16 y 17.

Origen y Sanción.

Según la tradición, hacia el año 462 a.C., el tribuno de la plebe **Terentilio Arsa**, presentó a la asamblea una iniciativa para nombrar 5 magistrados investidos de todos los poderes públicos, que se encargaron de redactar y someter a la sanción de las asambleas nacionales un código de leyes para la plebe. Esta proposición, acogida con entusiasmo por las tribus plebeyas, fue rechazada por el Senado. Años después (según **Livio**), los sucesores de Terentilio lograron que la iniciativa fuera aceptada por los patricios.

Se afirma que se envió a **Grecia**, una comisión de tres patricios para estudiar las leyes de **Solón** y de **Licurgo**[85]. Los triunviros regresaron hacia el año 453 a.C. En el año 451, fueron suspendidas todas las magistraturas ordinarias y se nombró una magistratura única extraordinaria integrada por patricios: el ***Decenvirato***, que gobernaría la ciudad durante un año, administrando justicia sin ***provocatio*** y encargado de redactar una ley de carácter común para patricios y plebeyos. **Este Colegio de los *decenviri legibus scribundis consulari potestate* redactó la ley en el mismo año 451 a.C.**; dicho ordenamiento se distribuyó en **X Tablas** *que fueron sancionadas por los comicios por centurias.* En el siguiente año se eligieron *nuevos decenviros* que redactaron **II Tablas más** como complemento de las primeras, que fueron aprobadas en el año 449 a.C. *Se dice que la ley fue redactada sobre tablas de bronce o roble*; que fueron expuestas en el **Foro Romano** *pro rostros*, para que todo el pueblo lo conociera, y al decir de **Tito Livio**, allí permanecieron, hasta que fueron destruidas en el incendio de la ciudad por los galos, en el 391 o 390 a.C., cuando ya sus normas habían arraigado en la conciencia general[86].

La gran ley de las **Doce Tablas** *fue hija de las querellas de los tribunos con los cónsules* más bien que de la insuficiencia de la costumbre y del derecho escrito, de

---

[85] En **ATENAS.- DRACÓN** (621 a.C.) Se establece leyes por escrito. Dracón redactó un código extremadamente severo, castigaba a la mayoría de los delitos con pena de muerte.
SOLÓN (594 a.C.) hizo la reforma social y política de Atenas: en lo social, abolición integral de las deudas y prohibición de responder con la persona como garantía; en lo político: mantuvo los órganos del gobierno: arcontes y el areópago, pero agregó dos nuevos cuerpos políticos: la asamblea popular y el consejo de los 400. Clasificó a los atenienses en 4 grupos según su riqueza y según ésta fijó los derechos y deberes de cada uno. Las clases sociales en Atenas fueron: *ciudadanos, metecos o forasteros y esclavos.*
En ESPARTA -LICURGO en el siglo VIII a.C. implantó una severa disciplina militar. Hay duda sobre su existencia, personaje legendario.- SECCO ELLAURI- BARIDON; Historia Universal GRECIA, Editorial KAPELUSZ, Argentina, 1972, pg. 55, 56 y 69.

[86] VENTURA SILVA, sabino, op. cit. pg. 23-24.

la necesidad de un *código* en el sentido que damos hoy a esta palabra, o del deseo de igualar perfectamente a los Patricios y Plebeyos bajo el aspecto del derecho civil. *Parece que los Tribunos arrancaron por decirlo así, a la fuerza esta transacción a sus adversarios*; pero en el fondo perdieron, porque les fue difícil ejercer el derecho de *veto*, de que habían gozado hasta entonces sin restricción, desde el momento en que los Cónsules pudieron invocar a su favor el sentido claro y preciso de la ley.

Era muy natural que para la composición de este código se debieran tener en cuenta las leyes de otros pueblos, y más natural aún que no se contentaran con copiar estas leyes de los libros, sino que se enviasen diputados a tomar conocimiento de ellas en los lugares donde habían sido dadas. Aun puede admitirse la tradición, apoyada en el descubrimiento de una estatua antigua, que afirma fue uno de los redactores un griego del Asia Menor, llamado **Hermodoro**, y que los enviados partieron de Italia para emprender su viaje. Pero es muy singular que no se designaran más que patricios para redactar esta transacción (***Decemviri legibus scribendii***) y que se depositara en sus manos toda la autoridad, sin limitarla por el tribunado, obtenido a tanta costa[87].

Los preceptos de la **Ley de las XII Tablas**, no fueron derogadas expresamente nunca, fueron en parte considerable substituidos por leyes nuevas o cayeron en desuso en cuanto al rigor primitivo de la ***manus iniectio*** y de la potestad del *paterfamilias*. Sólo en la época justinianea, al regir un cuerpo orgánico de derecho escrito y oficial, puede hablarse de que por la táctica dejaron de ser aplicables, salvo en las reglas asimiladas indirectamente por los codificadores bizantinos.

Refiere **Lizardo Alzamora**[88] sobre la Ley de las XII Tablas que el pueblo la consideró siempre como la más acabada manifestación del Derecho Nacional y, jamás se atrevió a derogarla formalmente.

Al ser ocupada ROMA por los galos, como se ha referido anteriormente, fueron destruidas las Tablas de la Ley. No se sabe si ésta se gravó en otras tablas nuevas, aunque no es de creer por los muchos errores que se encuentran en los estudios jurídicos y gramáticos consagrados más tarde a las XII Tablas y por los giros modernizados del lenguaje en las citas que hacen de ella los gramáticos. No obstante, la Ley se mantuvo vigente y se aplicó en la práctica durante varios siglos, gracias sobre todo a la interpretación, que no reducía en rigor a aplicar la ley, sino que la complementaba y la desenvolvía, sin preocuparse por violar mani-

[87] GUSTAVO HUGO; op. cit., pg. 37 y 38.

[88] ALZAMORA, Lizardo; *Derecho Romano,* Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1946, pg. 27 y 28.

fiestamente el texto, cuando era necesario para poner a tono la ley con las nuevas necesidades jurídicas[89].

La gran importancia de las **XII Tablas**, ha motivado que juristas y gramáticos se consagren repetida y detenidamente a su estudio, dentro de los que merece citarse al jurista Gayo del siglo II de la Era Cristiana en sus comentarios, gracias a esta circunstancia han llegado hasta nuestros días fragmentos de ese Código que nos permiten formarnos una noción, aunque sólo sea aproximada de su contenido. Carecemos de referencias seguras que nos permitan conocer el plan de la Ley; por su contenido la ley sólo era su mayor parte formulación del **"Derecho Consuetudinario"** que venía rigiendo desde antiguo.

Como característica de esta ley se resalta una concisión lapidaria e impresionante, una terminología jurídica bien precisada, el carácter legítimamente jurídico y práctico de sus disposiciones y la nitidez y claridad de pensamiento y de expresión, méritos que todos reconocen a la ley y que le aseguraron una posición preeminente en la vida cultural del pueblo romano aun como medio general educativo. El conocimiento de la XII Tablas era punto de honor para todo ciudadano romano. Y la difusión de ese conocimiento se demuestra en numerosas alusiones, veladas muchas veces, de la amena literatura, y especialmente de la poética, que sólo el que supiese de Derecho podía entender. Constituían también las XII Tablas la base de la enseñanza, por ser el monumento escrito más extenso de la lengua latina. Cicerón cuenta que cuando muchacho le hicieron aprender de memoria su texto[90].

Refiere **Rudolf Von Ihering** que la Ley de las XII Tablas ofrece un ejemplo de larga permanencia que debemos atribuir al carácter conservador del pueblo romano, pero también a circunstancias especiales. Esta Ley fue engendrada con dolor, el precio pagado por su conquista se conservaba en la memoria de las generaciones siguientes. No era sólo una serie de disposiciones jurídicas, sino que consagraba derechos en el sentido subjetivo. Era la ***Carta Magna de la plebe***, que sino derramaría su sangre por una Ley abstrusa y abstracta exigía celosamente el mantenimiento de los derechos que constituían toda su personalidad entera[91].

Aduce el jurista que esta estabilidad no significó estancamiento. La Ley de las XII Tablas fue durante siglos la base del derecho privado y del procedimiento civil, sobre la cual el derecho siguió progresando, ya por la doctrina, ya por la

---

[89] VON MAYR, Robert, *Historia del Derecho Romano, Tomo I-*, Traducción del alemán por Wenceslao Roces, Editorial LABOR, S.A. Buenos Aires, 1926, pg. 87

[90] VON MAYR, Robert; Op. Cit. pg. 88 y 89.

[91] RUDOLF VON IHERING, Op cit. pg. 156 - 157.

práctica. *"Jus civile"* era para los romanos el derecho resultante de este libre desarrollo de la Ley de las XII Tablas.

Contenido de la Ley Decenviral

El contenido auténtico de la **Ley de las XII Tablas** no se conoce, sólo se encuentran fragmentos conservados por los tratados de los jurisconsultos que la comentaron, sobretodo de GAYO[92], del cual han sido insertados 18 extractos en el Digesto; también por las obras de los antiguos autores, como DIONISIO DE HALICARNASO, TITO LIVIO, CICERÓN, PLUTARCO, AULO GELIO, FESTO, etc.

Muchos eruditos han procurado juntar los fragmentos de las **XII Tablas**; pero según las sabias investigaciones de GODOFREDO, ***Jacobus Gothofredus***, se debe creer que la Tabla I trataba. De de los procesos, la II. De los robos y latrocinios, la III. De los préstamos y acciones de los acreedores contra sus deudores, la IV. De los derechos del padre de familia la V. Del modo de suceder y de las tutelas, la VI. Del derecho de propiedad y de posesión, la VII. De los delitos y daños causados a otro, la VIII. De las posesiones campestres, la IX. Del derecho común del pueblo, la X. de los funerales y formalidades relativas al fallecimiento de las personas, la XI de todo lo concerniente al culto de los dioses y a la ***religión***, u la XII. De los matrimonios y de los derechos de los casados[93].

Según la reconstrucción de las materias que trataba la Ley, según CARLOS ALFRED VOGEL[94] sería la siguiente:

La Tabla I se refiere al proceso civil, desde que según **Cicerón** comenzaría con estas palabras: ***"Si in ius vocatur"*** (si alguien es citado en justicia), presumiéndose que debe continuar diciendo que debía comparecer. En aquella época se citaba privadamente al demandado para que compareciera determinado día ante el *magistrado*. Pero el juicio no se desarrollaba allí (***in iure***) sino que sólo se dejaba sentadas las bases y los términos de la controversia. El magistrado no tenía otra misión que la de dirigir y vigilar la actividad de las partes a fin de que

[92] Una de las fuentes más preciosas, si existiera, sería una obra de GAYO sobre las **Doce Tablas**, de la cual hay fragmentos en las Pandectas. No se encuentra más que en el catálogo de las fuentes de las Pandectas Florentinas; mientras que se leen en las mismas ***Pandectas Gayus ad legem XII Tabularum***. De los deis libros de que se componía esta obra de Gayo sólo nos quedan 20 pasajes.- GUSTAVO HUGO, op. cit. pg. 40.

[93] ADAM, Alejandro; ***Antigüedades Romanas***, Tomo II VALENCIA: Imprenta de CABRERIZO, 1854, pg. 48 y 49.

[94] VOGEL, Carlos Alfredo; ***Historia del Derecho Romano***, Quinta Edición Reimpresión, EDITORIAL PERROT, Buenos Aires, 1993, pg. 145 a 153.

pronunciaran las palabras necesarias y para que el proceso pudiera desarrollarse regularmente, verificando los actos exigidos por la ley. Ante ese magistrado no se produce prueba alguna, la que tendrá lugar únicamente ante un *juez privado*, un simple ciudadano, *el cual dictará sentencia* de acuerdo a las instrucciones expedidas por el magistrado "***in iure***), y ajustándose a los términos en que la controversia ha quedado planteada. Para el caso de que ante esa citación privada no compareciese el demandado, las XII Tablas decían que el demandante debía tomar testigos y llevarlo ante el magistrado, incluso "***manu militari***". Tratando quizá de reaccionar contra costumbres más bárbaras, las XII Tablas disponían que el demandante debía proporcionar el medio de trasladar al citado al tribunal cuando fuese un anciano, un enfermo o una persona afectada por un defecto corporal, y en su detallismo llegaba al extremo de establecer que el vehículo que se utilizase no tenía por qué ser cubierto. Nos dice también esa misma Tabla que si se llaga a una transacción se da por terminado el proceso, porque las propias partes han dictado su sentencia. Pero si los litigantes no se ponen de acuerdo, el procedimiento tiene que terminar antes de la puesta del sol.

La Tabla II, cuyo título sería "***De iudiciis***", se refería a la acción de uso más general y corriente, es decir, aquella que se sustancia en lo que nosotros llamamos juicio ordinario. Tratase de la acción "*por sacramento*", así llamada por la intervención que en ella tuvo al principio el *Colegio de los Pontífices*, pues todo giraba alrededor de las apuestas que hacían los litigantes en beneficio de los dioses. Por eso, precisamente, se la llamó "***legis actio per sacramentum***". No se legisla en detalle sobre esta "***legis actio***", porque la fórmula necesaria para ponerla en ejercicio, tanto cuando se la emplea como medio para una reivindicación -acción real- como cuando se utiliza como acción personal, estaba ya establecida por la costumbre. Pero se determinaba cual era el monto del "*sacramento*" o suma que en los distintos casos debían depositar los litigantes.

La Tabla III se refiere a lo que en nuestros días llamamos *juicio ejecutivo*, que procede en aquellos casos en que no es necesario que el juez pronuncie sentencia declarando la existencia del derecho, sino que ese derecho se da por reconocido. Es lo que ocurre en el caso del "***confessus***", es decir, del demandado que ha reconocido la existencia de la deuda, o en el caso de la persona que ha sido condenada por sentencia al pago de la deuda: "***iudicatus***". En este caso la ley concedía al deudor un plazo de treinta días para verificar el pago, lo que nos hace suponer que anteriormente la costumbre debió ser más severa, autorizando seguramente al acreedor para exigir inmediatamente el pago de la deuda. Vencido ese plazo de treinta días establecía la Tabla III que el acreedor podía poner la mano ("***manus iniectio***") sobre el deudor, es decir, llevarlo como prisionero. *Era la prisión por deudas*, que en muchos países subsistió hasta el siglo XX, *aunque en*

Roma se cumplía no en la cárcel pública, sino en la privada del acreedor. Los detalles de la ley llegaron incluso a establecer la forma en que el acreedor mantendría en prisión al deudor. Decía que este último podría estar encadenado, pero que el peso máximo de las cadenas sería de 15 libras, pudiendo éstas ser más livianas. De la misma manera que disponía que si el deudor tenía medios para subsistir a sus expensas, lo haría de ese modo, pero en caso contrario el acreedor debería suministrarle alimentos, consistentes en por lo menos una libra de harina por día, pero que si quería podía darle más. Termina dicha Tabla estableciendo que la prisión duraría sesenta días, en el curso de los cuales el acreedor debía presentar al deudor en el mercado, haciendo conocer la existencia de la deuda y el monto de la misma, a fin de que si un amigo o pariente se condolía de la situación pagase la deuda y lo liberase. Si esto ocurría, durante esos sesenta días el deudor era mantenido en estado de semiesclavitud (*"**addictus**"*). Para convertirlo en esclavo había que venderlo fuera de la ciudad (*"**trans Tiberium**"*). Era llevado entonces a la orilla opuesta del **Tíber**, donde se lo vendía, y con el producto de la venta el acreedor se cobraba la deuda; y *si los acreedores eran varios -agrega la ley-, podían repartirse el cuerpo.* Algunos afirman que el objeto de la ley, con ese excesivo vigor, era amenazar al deudor, pero otros sostienen que hubo casos de aplicación de esas normas.

La Tabla IV.- (*"**De iure patrio**"*), se refería a la patria potestad. La patria potestad era para el derecho consuetudinario preexistente, una potestad absoluta para la persona y los bienes de los descendientes. El "**pater**" tenía el *"**ius vitae necisque**"* (derecho de vida y muerte), el *"**ius vendendi**"* (derecho de venta) y el *"**ius exponendi**"* (derecho de exposición), es decir, toda clase de derechos sobre los hijos. *Dispone que el hijo monstruoso debe ser matado al nacer*; si el padre vende tres veces a su hijo, éste quede libre de la patria potestad. La **Tabla IV** contenía también, según parece de lo que resulta de un testimonio de **Cicerón,** *diversas disposiciones relativas a las formalidades de los divorcios, como lo referente al mandato de tomar las propias ropas y al acto de retirar las llaves.* Asimismo se refería a la duración del período del embarazo cuando se trataba de establecer la legitimidad de los hijos póstumos, es decir, de los nacidos con posterioridad a la muerte de presunto padre, fijando un plazo máximo de 10 meses. **Gayo** nos enseña que también se disponía en esta tabla que la mujer que permaneciese ausente **de la casa conyugal durante tres noches en el año, impedía la adquisición de la** *"manus"* por parte del marido.

La Tabla V (*"**De haereditatibus et tutelis**"*), *legislaba además de las sucesiones, sobre la tutela y la curatela.* Respecto a las herencias encontramos en esta tabla disposiciones sobre la *sucesión testamentaria*, que según parece ocupaba el primer lugar en ella. Se establecía que *"lo que el **pater** hubiese dispuesto sobre su*

"pecunia" (patrimonio) y sobre la tutela de sus hijos en el testamento, se observare como ley". Se admitía que el "**pater**" dispusiese en su testamento de los propios bienes por medio de legados y esas disposiciones se consideraban como ley. Con relación a la *sucesión "**ab intestato**"* disponíase en las XII Tablas que en caso de morir el " **pater**" sin haber otorgado testamento ni dejado *"**heredes sui**"*, la herencia pasará al *"agnado" más próximo*, y a falta de éstos a los *"gentiles"*. Esta **Tabla V** contiene además, disposiciones sobre *la tutela y la curatela*, comenzando por la tutela de las mujeres, de la que según Gayo se eximía a las vestales. Luego vienen las disposiciones sobre la tutela testamentaria, se establece sobre ella que "lo que el padre disponga en sus testamento sobre la tutela de sus hijos sea tenido como derecho". Si el padre nada hubiese dispuesto sobre la tutela de sus hijos, tendrán la tutela los agnados, y en su defecto los "gentiles". Es decir, que se observan para la tutela las mismas reglas que para la herencia. También se legisla sobre la curatela de ciertos incapaces, especialmente para caso de los *"**furiosi**"* que no estén sujetos a la *"**patria potestas**"* o a la tutela, disponiéndose que tengan un representante, un custodio de sus bienes, un curador, que podrán serlo los agnados, y a falta de éstos los gentiles. Lo mismo se dispone respecto al pródigo, a quien se prohíbe la administración de sus bienes.

La Tabla VI (***De dominio et possessione***) legisla en general sobre la propiedad, y según algunos intérpretes también sobre las obligaciones. En el fragmento 1° se dice que cuando alguien realice una *"**mancipatio**"*, ya sea con efecto obligatorio o alienatorio, las palabras que pronuncie deben ser tenidas por derecho. Esta tabla contiene también disposiciones especiales sobre otros medios de adquirir la propiedad fuera de la *"**mancipatio**"*, ya que se alude a la *"**usucapio**"*, o sea a la adquisición de la propiedad de las cosas por el transcurso del tiempo. **La "usucapio"** *para los bienes inmuebles tiene lugar por un bienio y para las demás cosas se cumple al año*, tiempo durante el cual subsiste la obligación de garantía del enajenante, salvo que el adquirente sea un extranjero, en cuyo caso dispone esta misma tabla que la garantía de la enajenación es perpetua (*"**adversus hostem aeterna auctoritas esto**"*). Consiste la ***usucapio*** en un medio de adquirir el dominio con el cual se subsanan, por la posesión ejercida durante cierto tiempo, las deficiencias como que se ha realizado la transmisión de una cosa. Es, por lo tanto, un medio totalmente distinto de la *"**mancipatio**"*. *También contiene esta tabla disposiciones especiales sobre las cosas que no son susceptibles de **usucapio***, es decir, aquellas que no se pueden adquirir por el trascurso del tiempo cualquiera sea el plazo durante el cual se las haya poseído. Se refiere al caso contemplado también por la *"**Lex Atinia**"*, o sea, el de las cosas robadas (***res furtivae***). Lo propio dispone sobre el llamado *"**iter limitare**"* y el *"**ambitus**"*, o sea sobre el espacio que deben dejar los propietarios de fundos contiguos, libre de toda plantación o construcción, a fin de que se pueda realizar el acceso de los instrumentos de labranza, y el que deben

dejar entre sus respectivas construcciones los dueños de edificios. También se declaran no susceptibles de adquisición por usucapión las cosas enajenadas por la mujer sujeta a tutela de los agnados, si la venta se hubiese realizado sin la ***auctoritas*** de éstos últimos.

La Tabla VII.- ("*De iure aedium et agrarum*"): Derecho relativo a los edificios y las heredades, *trata sobre las servidumbres*, es decir, sobre las cargas que impone al dominio de los muebles la proximidad de los fundos y edificios. Se legisla en primer lugar sobre la llamada *servidumbre de vía*, o sea sobre el derecho del propietario de un fundo vecino (sirviente), debiendo el propietario de este último mantener en buen estado el camino, llegándose al detalle de decir que si ese camino no estuviere empedrado, el propietario del fundo dominante podía pasar con su jumento. Dispone también que el camino debe tener un ancho, en línea recta, de ocho pies, y de dieciséis pies en las vueltas. También existen *disposiciones sobre los acueductos* por donde deben ser conducidas las aguas de los fundos vecinos hasta el propio. Si el canal o acueducto conducido por camino público perjudica al particular -dice esta Tabla-, éste tiene acción para obtener el resarcimiento. *Disponíase también que debían cortarse las ramas de los árboles que por su inclinación llegasen al fundo vecino* a una altura menor de quince pies contados desde la tierra y *el derecho del propietario de un fundo de recoger, en determinados días, los frutos que cayesen en el terreno contiguo.* Existían también otras disposiciones, como la referente a la llamada "***actio aquae pluvitae arcendae***", estableciendo que el propietario de un fundo podía exigir que las cosas fueran restituidas a su estado primitivo cuando las aguas procedentes de las lluvias le causaran un perjuicio en razón de las obras realizadas en el fundo vecino. Por último encontramos disposiciones especiales sobre la acción de deslinde, llamada "***finium regundorum***", estableciéndose que el juicio respectivo quedara a cargo de tres peritos.

La Tabla VIII (***Delictis***), contiene las disposiciones sobre los delitos, que figuran también, en parte, en las Tablas IX y X. **La Tabla VIII** *se refiere, en primer lugar, a los delitos de daños causados a las personas.* Se considera el supuesto de la ruptura de un miembro y se dispone la *pena de talión* si no hay convenio entre el ofensor y el ofendido sobre el pago de los perjuicios. Si alguien -se agrega- con la mano o con el bastón rompe un hueso a un hombre libre sufrirá la pena de 300 ases, y de 150 si el lesionado es un esclavo. Para las demás lesiones se fija la pena de 25 ases. Algunos intérpretes sostienen que también figuraba en esta Tabla una disposición de carácter general sobre los daños causados a las cosas. Pero otros niegan, diciendo que de lo contrario no se explicaría la ulterior sanción de la ***Ley Aquilia*** que legislaba sobre el particular. También existen disposiciones especiales sobre los delitos que hoy llamaríamos de *magia*, como el caso del que cause a

otro un daño por medio de encantamiento *-crimen de sortilegio-*, contra quien se pronuncia la pena capital. En esta **Tabla VIII** están contenidas, además, *las disposiciones relativas al hurto u otras ofensas causadas por los esclavos o los "**filii familiae**", legislándose sobre las acciones noxales.* Se concede la *"**actio de pauperie**"* en razón de los daños causados por los animales y la *"**pastu pecoris**"* para los casos de pastaje ilícito. Se castiga a quien haya sustraído las *mieses ajenas* con encantamiento, a quien las segase ilícitamente, a quien incendiase la casa o las gavillas de otro y a quien talase los árboles ajenos.

Tabla IX *considera las diversas hipótesis de hurto*, estableciéndose distintas penas según que el autor fuese sorprendido o no en flagrante delito, y según fuese púber o impúber, libre o esclavo. *Si el hurto fuese flagrante y el autor un esclavo, se le arrojaba desde la roca Tarpeya, y si fuese libre y púber era entregado en calidad de "**addictus**" a la víctima*, y *si impúber* se le flagelaba y debía pagar la multa correspondiente. La transformación de la pena corporal en pecuniaria para el *"**furtum manifestum**"* fue obra del derecho pretoriano, que impuso el pago de una multa equivalente al cuádruplo del valor de la cosa hurtada. Se establecía el procedimiento del llamado *"**furtum lance licioque conceptum**", consistente en que se practicase la búsqueda solemne de la cosa hurtada por parte de la víctima en casa del presunto ladrón*, a quien en caso de encontrarse la cosa se le aplicaba la pena del *"**furtum manifestum**"*. Para el *"**furtum nec manifestum**"* se establece la pena del doble del valor de la cosa hurtada, lo mismo que para el depositario infiel. *Al testigo falso se le precipitaba desde la roca Tarpeya.*

La Tabla X, interesa lo relativo al ***derecho sacro*** contenido en esta Tabla. *Se establecía que no se procediese a la cremación ni entierro de un cadáver en la ciudad y se limitaba el lujo en los funerales.* Disponía que la mujer del difunto no podía tener más de tres trajes de luto. Prohibía que se añadiera oro al cadáver, pero llegaba al casuismo de decir que si los dientes eran de oro podía enterrársele con ellos. *Las coronas ganadas en la guerra o en los juegos podían acompañar al difunto a su última morada, pero no aquellas que no hubiese ganado.* Disponía asimismo que las mujeres no debían arañarse las mejillas ni proferir gritos extraordinarios durante los funerales. *Se prohibía además recoger los huesos del muerto para hacer con ellos un nuevo funeral,* a no ser que el fallecimiento se hubiese producido en acción de guerra o en el extranjero. Por último se prohibían las reuniones nocturnas y se declaraba la libertad de asociación, siempre que los estatutos no violasen las leyes del Estado.

Las dos últimas Tablas contienen disposiciones complementarias de las diez anteriores.

En la Tabla XI *se contempla el homicidio no intencional* (si el arma huye de la mano y no es lanzada) disponiéndose que el autor lo espíe mediante el sacrificio

de un cordero. También se trata sobre el "*parricidio*" *y el homicidio común* y de los "***quaestores parricidii***", a cuyo cargo está el juzgamiento de este delito, y se fija la *pena capital* para el "***perduellio***" o *traición a la patria*. La misma pena se le impone al juez o arbitro que incurran en prevaricato. Por último se establece la competencia de los *comicios centuriados* para la "***provocatio ad populum***".

En la Tabla XII se dispone la *prohibición del matrimonio entre patricios y plebeyos* y se establece que siendo la ley última expresión de la voluntad del pueblo, la posterior deroga a las anteriores. Decreta, además, la prohibición de los privilegios o leyes particulares para una persona.

En las leyes de esta tabla notaremos que *fue el objeto de la primera evitar el abuso en que incurrían algunos litigantes so pretexto de la religión*, consagrando las cosas que eran objeto del litigio a los dioses, para que sus contrarios, a veces legítimos y verdaderos dueños, no pudiesen reclamar su posesión, por hallarse fuera del comercio humano la cosa litigiosa. *La tercera y última ley del fragmento de esta tabla* no viene a ser más que *un apéndice a la quinta de la segunda*, porque estando mandado en aquella que el esclavo que robase fuese azotado y arrojado desde la roca **Tarpeya**, *esta disposición aminora la pena cuando el robo se hubiera verificado a sabiendas de su amo*[95].

El Código de las Doce Tablas se mantuvo vigente por mucho tiempo: pero sus leyes fueron cayendo poco a poco en desuso, siendo además cuestión muy agitada entre los historiadores si por la Ley **Æbutia**, dada en el año 320 de la fundación de Roma, se derogaron expresamente algunas de sus disposiciones capitales. Fundado **Heinecio** en la autoridad de **Aulo Gelio**, e interpretando con bastante acierto un pasaje algo oscuro de este autor, se inclina a resolver esta cuestión en sentido afirmativo[96].

El más célebre sistema de jurisprudencia conocido en el mundo se inicia y termina en un *código*. Desde el principio hasta el final de su historia, los expositores del Derecho Romano emplearon consistentemente un lenguaje que implicaba que el cuerpo de su sistema descansaba en las ***Doce Tablas Decenvirales*** y, por tanto, sobre la base de un derecho escrito. Excepto en algún detalle, ninguna institución anterior a las *Doce Tablas* era reconocida en Roma[97].

---

[95] ANTEQUERA, José María; ***Historia de la Legislación Romana***, Tercera Edición, Imprenta a cargo de D. R. P. Infante, Madrid, 1874, pg. 68.

[96] ANTEQUERA, José María, idem, pg. 69.

[97] HENRY MAINE; ***El Derecho Antiguo***, Primera edición cibernética, junio de 2004, pg. 9.

LOS PLEBISCITOS

Eran decisiones de carácter legislativos adoptados en la asamblea -***concilia plebis***-, previa proposición de un magistrado plebeyo o tribuno de la plebe, inicialmente sólo obligatorias para los plebeyos y posteriormente para todos los ciudadanos a partir de la **Lex Hortensia** del año 186 o 287 a.C. (D. 1, 2, 2, 8, 9, 20)[98], convirtiéndose en verdaderas leyes.

Generalmente se refieren a cuestiones de derecho privado, siendo los principales:

Lex Falcidia, Ley rogada o plebiscito del año 40 a.C., propuesta por el tribuno **P. Falcidius**, reglamentando la libertad de legar y estableciendo que una cuarta parte del haber hereditario debía ser para el heredero, por lo que si el testador dispuso por legados por encima de este límite debían reducirse proporcionalmente tales legados.

No se extiende la **Lex Falsidia** a los que poseen la herencia *ab intestato* tras repudiar el llamamiento testamentario, pero la potestad de la ley se aplica entonces por el edicto del pretor.

También se extiende la **Ley Falsidia** a los legados hechos a un municipio o que se dejan a alguna divinidad. Añade la ley, no sólo a las cosas legadas que pertenecen al testador, sino también a las ajenas. Todo lo que se obtenga de los bienes del difunto quedan al amparo de esta ley, sea un objeto determinado o indeterminado, sea un género que vale por su peso, número y medida, o incluso si se lega un derecho, como el usufructo y los créditos (D. 35, 2-3. C. 6, 50).

Lex Aquilia, Plebiscito, con fuerza de ley rogada, propuesto por el tribuno **Aquilius**. Esta ley derogó todas las leyes precedentes que abalaron del daño injusto, tanto de las Doce Tablas como cualquier otra

Es una ***lex per saturam*** en tres capítulos: el primero regula la responsabilidad por los daños causados en las cosas (***damnum iniuria***) en relación con el dueño de la cosa y sólo para con él, pero no de modo general, sino en supuestos de muertes de animales determinados y de esclavos, debiéndose resarcir por el valor máximo que tuvieren el año anterior al delito; en el segundo se ocupa de la responsabilidad del ***adstipulator***, y el tercero de las lesiones que se produjesen a tales esclavos o animales o deterioro de cosas corporales con su valor máximo del mes anterior. Su antigüedad se sitúa hacia el año 287 a. C. (D. 9, 2, 27, 5).

---

[98] Según Tito Livio y Dionicio de Halicarnaso con la ***Lex Valeria Horatia*** del 449 a.C.; según el propio Livio, a una ***Lex Publilia*** del 339 a.C..- FAUSTINO GUTIERREZ ALVIZ y ARMARIO; Diccionario de Derecho Romano.

Lex Cincia, plebiscito votado en el año 104 a.C. a propuesta del tribuno M. **Cincius Alimentus**, limitando de modo general de modo general la libertad de las donaciones. No se sabe concretamente el contenido de esta ley rogada; sí que se exceptuaban ciertos casos por razón de parentesco entre los interesados, ***personae exceptae***, que no prohibía todas las donaciones, sino las que excediesen de un límite y que prohibía a los abogados el recibir cantidades en metálico u objetos cualesquiera como precio de su intervención en los procesos -véase Diccionario de Derecho Romano de Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario-.

LOS SENADOCONSULTOS

El senadoconsulto era toda medida legislativa emitida por el Senado, hacia los últimos tiempos de la República las decisiones del Senado, llegaron a convertirse en una de las fuentes del derecho civil.

El senadoconsulto era propuesto por un magistrado, verificándose la votación ***per discessionem*** *o* ***per singulorum sententiaes.***

Lo redactaba el proponente *-relator-* y una comisión de senadores elegida por él. Se componía de tres partes:

El Preámbulo, esto es, el nombre del relator y de los comisarios asistentes y el día y lugar en que fue votado;

La *relatio* o texto del senadoconsulto, frecuentemente seguido de un resumen de los motivos que la aconsejaban;

La deliberación del Senado precedida de la fórmula: ***De ea re ita senadores censuere.***

Los senadoconsultos eran depositados en el ***aerarium Saturm*** y copiados por los ***scribae***, bajo la vigilancia de los cuestores.

Durante el Principado y especialmente desde Tiberio a Severo, los senadoconsultos constituyeron una de las principales fuentes del derecho civil. Con DIOCLECIANO tomó gran incremento la legislación edictal de los emperadores, quedando reducido el Senado a una absoluta impotencia.

Dentro de los senadoconsultos más importantes, del **Alto Imperio** o **Principado** tenemos:

SENATUS CONSULTUM MACEDONIANUM.- Senadoconsulto dictado probablemente en el año 47 d.C. con ocasión de la perpetración de un acto criminal por un tal Macedonio, derivado de un préstamo a un hijo de familia menor, estableciendo que el hijo de familia que hubiese concertado un préstamo no podía ser obligado a la restitución de lo entregado ni aun después de su emancipa-

ción por muerte del padre en cuya potestad hubiese estado, para que supiesen los que con pésimo ejemplo prestan dinero a interés que ningún hijo de familia les iba a pagar después de la esperada muerte de su padre.

No hay diferencia entre que el que ha prestado a un hijo de familia sea un particular o una ciudad, pues los emperadores Severo y Antonino, de consagradas memorias dispusieron por rescripto que también respecto de la ciudad se aplique el senadoconsulto (D. 14.6. C.4.28).

SENATUS CONSULTUM NERONIANUM.- Senado consulto dictado a propuesta del emperador NERÓN, entre los años 54 a 68 d.C., disponiendo que si un testador ordenaba un legado empleando una forma inapta para su efectividad, debía, sin embargo, ser respetado como si hubiera ordenado válidamente, como ***legum per damnationem*** - FAUSTINO GUTIERREZ ALVIZ y ARMARIO; Diccionario de Derecho Romano.

SENATUS CONSULTUM PLANCIANUM.- Senadoconsulto *anterior a la muerte del Emperador Adriano.* **El Senadoconsulto Planciano**, *que se hizo sobre el reconocimiento de descendientes*, comprende dos supuestos: uno es el del reconocimiento y el otro el de las mujeres que hacen suposición del falso parto. Permite que la mujer divorciada o el ascendiente bajo cuya potestad está, o el mandatario de ellos, si ella cree hallarse en cinta, debe denunciar su estado al marido o al ascendiente en cuya potestad se halla el marido, dentro de los treinta días a la disolución del matrimonio, a fin de que éste pueda tomar todas las medidas precisas de verificación y precaución, con vistas a la determinación de la paternidad.

La pena para el marido, es que si no hubiera enviado guardianes ni notificado a su vez que la mujer no estaba en cinta de él, debe el marido reconocer al hijo, y, si no lo hiciera, se obliga por vía extraordinaria; deberá, pues, responder que ella no está encinta de él o que así se responda en nombre suyo; hecho lo cual, sólo tendrá que reconocer al hijo si fuera suyo de verdad (D. 25.3.1).

SENATUS CONSULTUM TERTULIANUM.- Senadoconsulto de la época del **Emperador Adriano** concediendo a la madre de tres hijos, caso de ser ingenua, y de cuatro, si era libertina (o a la que, sin tener, el emperador hubiera otorgado el ***ius liberorum***), el derecho de suceder a sus hijos, en la clase de los agnados, en concurso con las hermanas consanguíneas del difunto y entre los demás agnados (D. 38, 17. C.6. 35).

SENATUS CONSULTUM ORPHITIANUM.- Senadoconsulto dictado el 178 d.C., *disponiendo que los hijos sucedieran a la madre con preferencia a todos los agnados. También se admite a los hijos ilegítimos en la herencia intestada de la madre.* A veces, debe darse esta herencia legítima incluso al nacido esclavo, como

por ejemplo, si ha nacido después de haberse incurrido en retraso indebido para dar a la madre la libertad encargada por fideicomiso. Si ha nacido después de la manumisión de la madre, es seguro que se le admite en la herencia legítima de ésta, aunque haya sido concebido cuando era esclava. También el concebido cuando la madre estaba cautiva del enemigo y nacido después de su regreso podrá ser admitido a la sucesión de este senadoconsulto (D. 38. 17. C. 6. 57).

EDICTOS DE LOS MAGISTRADOS

Eran los edictos avisos públicos que los magistrados dictaban antes del ***ius edicendi***, para dar conocimiento de cómo despacharían los asuntos de su competencia. Tienen especial importancia para el estudio del Derecho Romano los edictos del pretor, quien era encargado de administrar justicia así como los ediles en la ciudad de Roma y los gobernadores en las provincias.

Cuando uno de estos magistrados entraba en funciones generalmente por el término de un año, era usual que publicase un edicto; es decir, una especie de programa en el que exponía la forma en que iba a desarrollar su magistratura, enumerando los derechos y reclamaciones, tanto del ***ius civile*** como del ***ius honorarium*** que estaban dispuestos a proteger, indicando las soluciones que debían dar.

La prefectura, en efecto, no duraba más que un año; el nuevo pretor sometía el edicto a una nueva revisión y al par que se atenía al derecho existente en todas las partes de él que habían producido buenos resultados y se conformaban con la índole del pueblo y con las costumbres de los tiempos, eliminaba cuanto no correspondía ya a las necesidades de la vida, añadiéndole nuevas disposiciones que habían hecho necesarias los cambios del tiempo y las costumbres, y las mudanzas en las relaciones sociales y principalmente el desarrollo económico de la nación. Podemos decir, sin temor a errar, que si el Derecho Romano alcanzó el grado de importancia de que aún gozan todas las naciones cultas, se debió en gran parte al ***ius edicendi*** y al consiguiente ***ius honorarium.***

De esta manera al aplicar el derecho de acuerdo con las situaciones que se habían presentado, los magistrados creaban el derecho al administra justicia, **aplicaban el derecho civil** -***iuris civilis adiuvandi***-, pero también lo completaban cuando así lo requería -***iuris civilis supplendi***- y finalmente si era necesario, corregir el propio derecho civil -***iuris civilis corrigendi causa***-.

LA JURISPRUDENCIA

Se entiende por jurisprudencia aquellas *opiniones emitidas por los jurisconsultos* (***juris:*** derecho y ***consilium***: consejo asesor de hombres prudentes) sobre diversas cuestiones que se le plantean, ya sea presentadas por particulares o por

los propios magistrados. Fueron, pues, los jurisconsultos los que al interpretar el derecho le otorgaron a éste el carácter doctrinario.

Los primeros jurisconsultos fueron sacerdotes en razón de que en el antiguo derecho romano existió identificación entre el ***fas*** (derecho divino) y el ***jus*** (derecho de los hombres) y de ellos los pontífices además de tener el monopolio de las fórmulas procesales, se dedicaron a interpretar el derecho, fijando el contenido y alcance de la **Ley de las XII Tablas**, primera Ley escrita en el Derecho Romano.

F. SCHULZ ha subrayado que la denominación ***iurisconsultus*** *se reservaba siempre para los juristas laicos únicamente.* Sin embargo, dicho título no expresaba ninguna distinción de rango ni de grado, como sucederá, por el contrario, en la Edad Media para la cualificación universitaria de ***iurista***. En Roma, sólo se trataba del apelativo naturalmente adaptado a una persona que da su parecer previa consulta en calidad de *experto en derecho.* La respuesta de un ***pontifex*** o de un ***augur*** -o de uno de sus colegios sacerdotales en su conjunto- era calificada por la función de su autor: ***pontifex respondit.*** La respuesta de un jurista laico, que hablaba en su propio nombre (***Ti. Coruncanius respondit)***, era calificado tan sólo por el hecho de emanar de una persona que ejercía profesionalmente la actividad de consejero jurídico.

Hay que imaginarse, pues, que *al comienzo de la jurisprudencia laica los* ***iurisconsulti*** *no disponían de ninguna autoridad.* Sin embargo, debían ser considerados por el público como *técnicos fiables*, ya que de lo contrario su éxito sería inexplicable. Este crédito del jurista, cierto hasta el punto de desembocar en una nueva autoridad para sus sucesores de la época siguiente, dependió con toda seguridad de su habilidad profesional, pero pudo afirmarse y crecer ya que una especie de autoselección constante restringió el número de los que ejercían tal profesión.

Si uno logra orientarse en las brumas del doble relato muy poco crítico de POMPONIO (D. 1, 2, 2, 5-12; 35-38), se obtiene un cuadro verosímil de desarrollo de la jurisprudencia laica del 300 al 150 a.C. aproximadamente. La primera tarea fue la de la divulgación, consistente en llevar a conocimiento del público (***populo tradere***: Pomp. D, 2, 2, 7) las ***actiones*** (las fórmulas necesarias a los procesos y a los actos jurídicos privados), que hasta entonces se encontraban escritos en los archivos secretos de los pontífices. Ciertamente, tales fórmulas no eran secretas en sí mismas pues por su naturaleza estaban destinadas a ser pronunciadas en público, y lo pontífices las revelaban a los particulares a medida que éstos querían utilizarlas. La divulgación consistió en el hecho de consignar en un libro -un escrito publicado- el repertorio completo de las formas según las cuales discurría la práctica del derecho privado.

Esta información global acerca de los instrumentos técnicos necesarios para la aplicación de las leyes (que ya eran conocidas, puesto que se trataba precisamente de ***leges publicae***) para el conocimiento del derecho (***scientia iuris civilis***) al alcance de todo ciudadano. Algunos empezaron a elaborar este conocimiento y a utilizarla profesionalmente (***iuris civilis scientiam profiteri***: Pomp D. 1, 2, 2, 35). Su manera de actuar fue en un primer momento totalmente parecida a la de los pontífices: la elaboración de la ciencia seguía siendo un hecho personal y respondían a las consultas sin explicar nada sobre las soluciones proporcionadas ***(vel in latenti ius civile retinere cogitabant solumque consultatoribus vacare potius quam discere volentibus se praestabant***: Pomp. D. 1, 2, 2, 35)[99].

Paulatinamente la función jurisdiccional se fue secularizando, esto es de religiosa pontifical se convirtió en laica. En este proceso podemos señalar tres grandes momentos:

El primero cuando **Gneo Flavio**, amanuense del sacerdote Apio Claudio, en el año 304 a.C., publicó las fórmulas de las Acciones de la Ley y el Calendario. Al librito que contenía las fórmulas se denominó ***Ius Cilile Flavianum***, que conoció una gran difusión y sólo fue reemplazado a fines del siglo III a.C., por el ***Ius Aelianum***.

Cincuenta años más tarde, en 254 a.C., **Tiberius Coruncanius**, cónsul en 280, **Pontifex Maximus** en 254 (el primer máximo pontífice originario de la nobleza plebeya) y dictador en 246 a. C, comenzó a dar consultas públicas sobre materia de derecho y sobres la debida praxis procesal, a la vez que respondía sin motivar sus soluciones, explicaba las bases sobre las que se fundaban, si alguna de las personas presentes se lo pedía (Véase **Pomponio**. D.1, 2, 2, 35). Estos enunciados explicativos debían tomar la forma de ***regula iuris***, regla con carácter normativo que sintetizaba el principio del ***ius civile*** del que dependía la solución concreta.

Finalmente en 204 a.C., ***Sextus Aelius Paetus*** (cónsul en 198 a.C.) publicó su «***obra tripartita***», obra en tres libros, que constituye el primer tratado sistemático de derecho y se refiere a las XII Tablas, su interpretación y a las fórmulas procesales, cuya edición constituyó el ***Ius Civile Aelianum***[100].

La información y la enseñanza son características de la jurisprudencia secularizada. A una se liga el nacimiento de la literatura jurídica (que es un fenómeno

[99] CANNATA, Carlo Augusto; *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, Traducción de Laura Gutiérrez-Masson, Editorial TECNOS, S.A., Madrid, 1996, pg. 37 y 38.

[100] Con la actividad de **Sexto Elio**, de su hermano **Publio Elio Peto** (cónsul en 201 c. C.) y de **Lucio Acilio**, concluye la jurisprudencia del *período arcaico*. Hay que añadir aún a **M. Porcio Catón** y a su hijo **M. Porcio Catón Liciniano**.

laico desde sus comienzos), a la otra la manera de reclutar a los juristas propia del mundo romano, en el que cada jurisconsulto tiene una procedencia bien definida, que le asegura capacidad y crédito y la laicización de la jurisprudencia no fue el traspaso de la ciencia jurídica de un grupo de personas a otro, sino más bien el auge de una presencia nueva en la sociedad.

El jurisconsulto, este personaje nuevo, ejerció enseguida -o por lo menos a partir de la época de T. CORUNCANIO- una influencia profunda sobre la vida jurídica de Roma.

Consideremos una vez más la práctica de la explicación de los ***responsa***. Sólo concernía a los juristas mismos: nacida como instrumento de la formación de alumnos, adquirió además -pero más tarde, *hacia el final de la república y sobre todo en época clásica*- **la forma de la discusión científica.** ***El responsum*** como tal, es decir la solución dada al cliente, no era motivado: no lo será jamás, incluso en época clásica, cuando las respuestas serán normalmente escritas y firmadas. *A partir de mediados del siglo II a.C., los juristas se vieron investidos de una autoridad suficiente para publicar sus responsa:* si algunas de las decisiones contenidas en estas obras se acompañan de motivos (lo que no es frecuente), se trata en todo caso de informaciones que el autor ha añadido en función de la publicación y de la intención de sus colegas[101].

A partir de ese momento el derecho civil se encuentra resueltamente concentrado en manos de *juristas laicos*; la jurisprudencia se presenta como una ciencia organizada, provista de objeto y método definidos, de formas de expresión precisas. La elaboración de ***responsa*** casuísticos sobre la base de leyes -en particular de las **Doce Tablas**- con la ayuda de una interpretación que se plasma en la creación de un complemento de reglas normativas, constituye lo que los romanos llamaban propiamente derecho civil, ***ius civile***[102].

Así el derecho dejó de estar bajo el exclusivo dominio de los pontífices y su conocimiento se hizo público.

Hay que imaginarse, pues, que al comienzo la jurisprudencia laica los ***iuris consulti*** no disponían de ninguna autoridad. Sin embargo, debían ser considerados por el público como *técnicos fiables*, ya que de lo contrario su éxito sería inexplicable. Este crédito del jurista, cierto hasta el punto de desembocar en una nueva autoridad para sus sucesores de la época siguiente, dependió con toda seguridad de su habilidad profesional, pero pudo afirmarse y crecer ya que una

[101] CANNATA, Carlo Augusto; op. cit. pg. 39.
[102] CANNATA, Carlo Augusto; op. cit. pg. 36.

especie de autoselección constante restringió el número de los que ejercían tal profesión[103].

La vida profesional de los jurisconsultos romanos cumplía varias funciones: ***respondere, cavere, agere* y *scribere.***

Respondere, consistía en dar consultas verbales sobre casos prácticos.

Cavere, en redactar documentos públicos.

Agere, prestar asistencia jurídica a las partes y sobre todo a sus abogados durante un proceso: elección de la acción adecuada, indicación de los argumentos de derecho a desarrollar en su alegato, etc.

Scribere, en elaborar obras doctrinales de derecho, además de la labor docente que también desempeñaban.

Entre los jurisconsultos más notables de este período se pueden citar: **M. Porcio Catón y su hijo**; **M. Junio Bruto**, autor de una obra en 3 volúmenes; **Manlio Manilio**, elaboró formularios para casos de compraventa. El gran pontífice **Quinto Mucius Scaevola**, hijo de **Plubio**, el primero que utilizando el método aristotélico ensaya presentar una exposición sistemática de los principios del derecho de la época en su obra ***Ius Civile*** de 18 libros; **C. Aquilius Gallus**, su fama se funda en la introducción de una acción general contra el dolo (***actio doli***) y la creación de la fórmula ***Stipulatio Aquiliana***, en virtud de la cual dos personas que tenían entre sí obligaciones o créditos diferentes acuerdan transformar tales obligaciones en otra única que abarcará el importe resultante de la compensación de los respectivos créditos; y **Servio Sulpicio Rufo**, fue pretor, cónsul, orador y filósofo, perito en etimologías y antigüedades, elegante poeta y prosista, escribió cerca de 180 libros sobre el edicto, las XII Tablas, la dote y otros asuntos.

La jurisprudencia de los pontífices era formalista. Las formas que habían creado no eran en absoluto mágicas ni esotéricas; por el contrario, eran invenciones de juristas, estrictamente funcionales y directamente comprensibles. Esto demuestra que *la jurisprudencia pontifical consideraba las formas como declaraciones de lo que las palabras y los gestos significaban realmente*: un conjunto de palabras y gestos coordinados en las acciones, la ***mancipatio,*** la aceptación de herencia, las palabras proferidas solas en la ***sponsio,*** o por último palabras escritas en las disposiciones testamentarias (institución de heredero, exheredación, legado, nombramiento de tutor). La exigencia de la observancia más rigurosa de las formas previstas que se requería -cualquier error u omisión habría acarreado la nulidad del acto-, constituía una garantía: los actos eran típicos, y sólo la expre-

[103] CANNATA, Carlo Augusto, idem, pg. 37.

sión exacta aseguraba que la voluntad de su autor apuntaba a los efectos propios del acto celebrado.

No obstante, toda concepción formalista de la actividad jurídica, por muy hábiles que puedan ser los juristas que la profesan, desemboca en la idea según la cual los efectos sólo dependen de la realización de las formas. En el sistema elaborado por la jurisprudencia pontifical sobre la base de las Doce Tablas, los únicos hechos jurídicos eran los hechos naturales, los actos ilícitos y las formas.

Cuando los juristas laicos asumieron la gestión de ese sistema, no pudieron modificar estos principios. En cuanto al formalismo, agravaron la situación. Los juristas no podían modificar las formas que les brindaba la tradición, ni crear nuevas; no eran capaces -por lo menos al principio- de adueñárselas y de moldearlas con una flexibilidad moderna. Resultó, por un lado, que algunas instituciones cayeron en desuso, pues no soportaban una interpretación rigurosa que podía llevar al absurdo. Por otro, los nuevos actos formales, resultado de una combinación de las formas antiguas, no dejaban traslucir sus efectos a través de su estructura, de tal manera que una regla como ***uti lingua nuncupassit, ita ius esto*** perdía su auténtica significación. La técnica legislativa de esa época revela que el propio legislador (que además, al menos en materia de derecho privado, no redactaba el texto de las leyes sin asistencia de un jurisconsulto) recelaba de la interpretación formalista de los juristas.

En definitiva, *los jurisconsultos se sentían molestos con el formalismo*. Esta es la razón por la que, aun cuando conservaron las antiguas formas e incluso siguieron utilizando habitualmente algunas, *sus nuevas creaciones se caracterizan por el principio de libertad de formas*: basta comparar la ***actio*** del antiguo procedimiento con el debate de las partes ante el Pretor en el procedimiento formulario, los ***actus legitimi*** (***mancipatio, nexum***) con los contratos consensuales y con el ***mutuum*** (préstamo de consumo real)[104].

HENRY MAINE, sobre los ***responsa prudentum***, *las respuestas de los versados en la ley*, expresa: la forma de estas *Respuestas* varían mucho en los diferentes períodos de la jurisprudencia romana; pero, a lo largo de su curso, consistieron en glosas explicativas de documentos escritos autorizados y, al principio, eran exclusivamente colecciones de opiniones interpretativas de las ***Doce Tablas***. Todo el lenguaje legal se ajustó a la suposición de que el texto del viejo código permanecía inalterado. Los autores de la nueva jurisprudencia, durante toda la etapa de formación de ésta, profesaron el más diligente respeto por la letra del código. Ellos se limitaban a explicarlo, a descifrarlo, a extraerle todo su significado; pero,

[104] CANNATA, Carlo Augusto, idem, pg. 40 a 42.

luego, como resultado, al juntar los textos, al ajustar la ley a los estados de hecho que se le presentaban, y al especular sobre las posibles aplicaciones a otros casos que podían ocurrir, al introducir principios de interpretación derivados de la exégesis de otros documentos escritos que cayeron bajo su observación, sacaron a luz una gran variedad de cánones en los que nunca soñaron los recopiladores de las ***Doce Tablas*** y que, en realidad, nunca casi nunca se encuentran es éstas. Todos los tratados de los jurisconsultos demandaban respeto en base a su pretendida conformidad con el código, pero su relativa autoridad dependía de la reputación de los jurisconsultos individuales que los dieran a conocer. Un nombre, universalmente conocido, investía a un ***Libro de Respuestas*** con una fuerza obligatoria apenas menor que la detectada por las promulgaciones de la legislatura; y tal libro constituía, a su vez, una base para otro cuerpo de jurisprudencia. Las respuestas de los primeros jurisconsultos no fueron publicadas, en el sentido moderno, por el autor. Fueron escritas y editadas por sus discípulos y, por tanto, probablemente no fueron arregladas según un esquema de clasificación[105].

5.4. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PRECLÁSICO

Durante la **Monarquía** y la **República** *se desarrolla el derecho llamado Preclásico*, con una **primera etapa** de *derecho arcaico*, cuya fuente principal es la *costumbre*, es un derecho de tipo campesino, con pocos negocios jurídicos, es un derecho oral, en el que los negocios jurídicos se perfeccionan y se celebran de palabra, es un derecho estricto y riguroso, que no admite la interpretación sino la aplicación rígida de la ley, sin que preocupe demasiado la individualización, *se prefiere la seguridad jurídica a la equidad –**dura lex sed lex**-, la forma reviste una vital importancia* y la mayoría de los negocios jurídicos son solemnes.

En la **segunda etapa** el Derecho Romano, inicia su fase de transformación donde encontramos una doble acción: la de los jurisconsultos y la de los pretores, *se produce un cambio entre el formalismo y el consensualismo en la realización de los actos y negocios jurídicos*, el derecho tiene un carácter eminentemente nacionalista y muchos actos jurídicos sólo pueden ser realizados por ciudadanos romanos; en la República se inicia un derecho de tipo escrito con la dación de la ***Ley de las XII Tablas***, la distinción entre el ***ius*** y el ***fas*** es sustituida por un dualismo representado por el derecho civil y el derecho de gentes y por el derecho civil y el derecho pretorio; es un derecho menos conservador al ampliarse las instituciones jurídicas, *es un derecho menos estricto y formalista, le preocupa la equidad.* A fines de la época republicana, cuando Roma se convirtió en uno de los mercados más importantes de la antigüedad al que confluían ciudadanos de todo el mundo co-

---

[105] HENRY MAINE; op. cit. pg. 20 y 21.

nocido, los extranjeros fueron incluidos en la vida jurídica de la ciudad, a través del derecho honorario.

6. EL IMPERIO

Esta etapa consta de dos fases o períodos: ***El Principado*** o ***Diarquía*** y el ***Imperio Absoluto*** o ***Dominato***.

6.1. EL PRINCIPADO O DIARQUÍA

Este período se inicia con el advenimiento de **Augusto** al poder en el año 27 a.C. y finaliza con la proclamación de **DIOCLECIANO** como emperador en el año 284 d.C.

6.1.1. PANORAMA DE LA ÉPOCA. DESDE AUGUSTO HASTA LA PROCLAMACIÓN DE DIOCLECIANO COMO EMPERADOR

Durante este período el poder supremo es compartido por el Senado y el Príncipe o Emperador.

En el año 29, **Octaviano**, celebrando tres triunfos: su victoria en Dalmacia, la derrota de Antonio y la adición de Egipto al dominio de Roma. ***El "Templo de Jano" se cerró en señal de paz general.*** En el año 27 el Senado confirió a Octavio la dignidad imperial por un período de 10 años. Se le había ofrecido a perpetuidad, pero Octavio fingió no querer aceptarla y "transigió" con admitirla temporalmente. ***Finalmente se le saludó con el título de Augusto.***

Octavio, *hijo adoptivo de* **Julio César**, quien para no recordar algunos problemas suscitados en el pasado adoptó la imagen de restaurador de la República.

Ya antes de él, **Julio César** a quien se le habían otorgado el título de *Imperator*, había querido reformar las instituciones políticas, realizando importantes obras, modificando la administración en beneficio del pueblo; sin embargo su política contraria a algunos intereses del Senado desembocó en su asesinato, por lo que **Octavio logró implantar un régimen personal, iniciando el Principado.**

Por razones políticas, **Octavio** hizo subsistir las instituciones republicanas, pero sucesivamente las fue desplazando y adquiriendo diferentes poderes: como cónsul manda a los ejércitos del Imperio; como censor, elige a los senadores; siendo pretor se encarga de impartir justicia; como procónsul, gobierna a las provincias; como tribuno, ejerce la ***intercessio*** y adquiere la ***sacrosantistas***; al ser pontífice máximo, es gran dignatario e interpreta el derecho; como presidente del Senado, le permite convertirse en ***Princeps Senatus*** que le da derecho a presidir el Senado y a opinar en primer término, con lo que su opinión se convierte en

una orden, a presidir los comicios por centurias; es jefe de ***annona*** (central de abastos) y director de la casa de moneda.

Er cargo imperial no es hereditario y los sucesores de Octavio, son investidos de los poderes que éste revestía por medio de la ***Lex Reagiae***.

Los magistrados eran nombrados por el emperador; la competencia del cónsul se limitaba a presidir el Senado y darle autenticidad a ciertos actos; el tribuno no podía ejercitar sus derechos contra el emperador, quien designaba funcionarios a su antojo, la declaración de guerra es facultad del *princeps* y la elección de los senadores está sujeta a su voluntad. *Después de Augusto, la actividad legislativa de los comicios desapareció y aumentaron las funciones del Senado.*

Para administrar en su nombre la ciudad de Roma, nombró cuatro funcionarios, llamados ***Prefectos***, que fueron: ***Praefectus Urbis***, en cargado de los asuntos edilicios; ***Praefectus Vugilum***, encargado de la vigilancia y policía de la urbe; ***Praefectus Annonae***, encargado del abastecimiento y de la distribución de los víveres a bajo precio, y el ***Praefectus Praetori***, encargado del mando de la guardia pretoriana, guardia personal del emperador. La guardia pretoriana, compuesta por 9 cohortes de 1000 hombres cada una, llegó a ser, en los tiempos posteriores a Augusto, un factor decisivo en la designación de los emperadores.

La censura fue unida a la prefectura y a los cuestores con atribuciones que antes tenían los ediles.

Augusto dejó algunas magistraturas antiguas al Estado romano y se reservó las facultades y la administración de las provincias. La percepción de los impuestos los compartió con el Senado. **Creó el *aerarium* propio**, particular que recibió el nombre de ***fiscus***, un patrimonio para el Emperador que era deducido de la renta de bienes inmuebles de propiedad del Estado y de todos los productos de las minas, *con lo cual nace la* ***propiedad privada del César***.

En lo referente a la organización territorial, *dividió el Imperio en dos clases de Provincias*: *Senatoriales* e *Imperiales.*

Las Senatoriales eran *administradas por el Emperador* y el *Senado*. Los titulares de los gobiernos elegidos cada año entre los miembros del Senado recibían el nombre de ***Procónsules***, las que por ser pacíficas no requerían de guarnición, en atención a que dichas provincias estaban sometidas al Estado romano.

Las provincias Imperiales *dependían del Emperador*, que nombraba a los titulares de los gobiernos con el nombre de ***Procuradores*** o ***legados*** en sus territorios, con legiones establecidas para hacer cumplir los mandatos de aquél.

Entre las provincias senatoriales figuraban: *Macedonia, Creta, Asia, África, Galia Narbonence, Chipre, Cirenaica* y *Pamfiria*. **Las provincias imperiales eran:**

Tracia, Arabia, Petria, Armenia, Capadocia, Ponto, Lusitania, Britania, Aquitania, Germania Superior, Germania Inferior, Palestina, Judea, Mauritania, Lingitania, Galia Lugdunesa, Bélgica, Iberia Taracena, Cesánea y muchas más.

Hábil e inteligente, **Augusto**, cuidadosamente separó la administración de las finanzas de los asuntos meramente políticos. A los procuradores fiscales les autorizó el manejo económico para reducir las distracciones y fijó los impuestos sobre minas, corporaciones obreras, manumisiones, herencias vacantes, sucesiones, patentes profesionales, tráfico marítimo y pluvial, y transacciones comerciales. **A ITALIA le concedió la exención del impuesto predial y la dividió en 11 regiones**: *Lacio, Liguria, Etruria, Emilia, Lucania, Sabina, Piseno, Apulia, Istria, Transpagana* y *Umbría.*

Las legiones militares, constituidas aproximadamente por 250,000 hombres, permanecían alertas en las fronteras del territorio imperial, sobretodo en África, Egipto, Britania, Iberia y Siria; otras estaban establecidas frente a los ríos Rhin y Danubio. Las escuadras navales merodeaban todo el Mediterráneo y se habían asentado bases que configuraban prefecturas marítimas, sobretodo en Nápoles, Bolonia, Trevisonda, Trípoli y Alejandría.

EL SIGLO DE AUGUSTO

Se conoce con el nombre de ***Siglo de Augusto*** a la época de florecimiento cultural que tuvo Roma, durante el gobierno de Augusto y que se manifestó por el apogeo alcanzado en las artes, las letras, las ciencias, la historia, etc. Este brillo y esplendor se desarrolló paralelo a un equilibrio en el gobierno y a una paz y tranquilidad en el Imperio. Es que Augusto tuvo talento y acierto necesarios para rodearse de personas de valía y poseedores de grandes méritos; para asesorarse ***creó un Consejo del Príncipe***, integrado por personas de absoluta confianza, a quienes consultaba en todos los asuntos de importancia. Esta institución tuvo al principio un carácter privado, pero adquirió gradualmente categoría oficial. *Los personajes más importantes del Consejo Privado fueron AGRIPA* y *MECENAS*, ambos eran hombres de gran talento y prudente consejo. **Agripa** *fue un hábil general*, y, gracias a él, **Augusto** que jamás descolló por sus condiciones militares, pudo triunfar sobre Antonio y consolidarse en el poder. **Mecenas,** *fue más bien un estadista y diplomático*, que se caracterizó por su inteligencia y generosa protección a las artes y a las letras.

Surgieron en este ambiente grandes poetas: VIRGILIO, descendiente de la familia de agricultores de Mantua, lo llamaron el "***Cisne de Mantua***", sus principales obras fueron: ***La Eneida***, poema épico que trata de los orígenes del pueblo romano, ***Las Bucólicas***, trata de los trabajos del campo y de la vida del agricultor; HORACIO, destacado como poeta lírico, escribió sus ***Odas, Epístolas y Sátiras***; OVIDIO, es "*el poeta de la gente refinada y galante y maestro de lo bonito*", escribió importantes obras como: ***Metamorfosis, Fastos*** y ***Tristes.***

Historiadores como: TITO LIVIO, considerado como uno de los más grandes historiadores latinos, alcanzó fama al escribir la "***Historia de Roma***" desde sus orígenes hasta la época de Augusto, la obra se ha perdido, de los 142 libros que consta, los 10 primeros han llegado hasta nosotros tratan sobre la fundación de Roma, de los otros poseemos del 21 al 45; JULIO CÉSAR, eminente conquistador romano y un gran historiador, en su obra "***Comentarios sobre las Guerras de las Galias***", describe su victoriosa campaña, mostrando allí su penetrante talento, y su estilo sencillo y sobrio; CAYO SALUSTIO CRISPO, discípulo de TUCIDIDES, escribió "***Guerra de Yugurta***" y "***Conjuración de Catilina***"; PLUTARCO, nació en Grecia, estudió en Atenas y se radicó en Roma, su obra más celebrada "***Vidas Paralelas de Hombres Ilustres***", narra la vida de grandes personalidades griegas y romanas.

En la oratoria, figura entre los grandes oradores romanos CICERÓN, que se hizo célebre por sus discursos, tales como "***Catilinarias***", en que atacó y condenó al conquistador **Catilina** y sus "***Filípicas***" contra el triunviro Antonio.

En la filosofía, destácense SÉNECA, EPICTETO y MARCO AURELIO, que pertenecen a la ***escuela estoica***, cuyo principio era "*sufre y abstente*", SÉNECA (465), nació en la ciudad de **Córdoba en España**. Llevado a Roma ocupó la dignidad de senador en la época de Calígula, luego *Agripina le confió la educación de Nerón*, cuando llegó a ser emperador, SÉNECA siguió actuando como su consejero, pero sospechoso de conspirar contra aquél debió darle muerte, dentro de sus obras merecen citarse: "***Diálogos***", "***Epístolas Morales a Lucilio***", "***Tragedias***", "***Consolaciones***", etc.; EPICTETO, vivió en el siglo I d.C., nació en **Grecia**, fue esclavo de un liberto del emperador Nerón, formuló máximas filosóficas, reunidas mucho después de su muerte en el "***Manual de Epicteto***"; MARCO AURELIO, fue emperador romano desde el 161 al 180, poseía gran cultura, su natural vocación lo impulsaba a la lectura y a la meditación, ferviente admirador de las doctrinas estoicas, practicó la virtud y vivió con sencillez, gran escritor, nos ha dejado el inmortal libro titulado "***Los Pensamientos***"[106], contiene máximas estoicas a que ajustó siempre su conducta.

---

[106] Del libro titulado "***Los Pensamientos***", fue escrito en griego, podemos extraer algunas máximas del filósofo **Marco Aurelio**:
"*Modera tu imaginación, retén los movimientos de tu corazón, sofoca tus deseos y procura que tu alma sea dueña de ti*".
"*Hay que recibir sin orgullo los favores de la fortuna, y perderlos sin lamentaciones*".
"***¿Cuál es el oficio que tienes?*** *El de ser hombre de bien*".
"*El medio mejor para vengare de una mala persona, es procurar no parecerse a ella*".
"**La perfección** consiste en obrar cada día como si hubiese de ser el último, es decir, sin agitación, ni hipocresía, ni abandono".

En las Artes y Arquitectura, en las letras como en las artes, los romanos fueron imitadores y discípulos de los griegos.

Los griegos enseñaron a los romanos el empleo de las columnas y de capiteles, pero los latinos ya conocieron el arco de medio punto (semicircunferencia) y la bóveda semiesférica. La arquitectura romana se distinguió por su majestuosidad, solidez, armonía y por el espíritu práctico y utilitario de sus artistas.

Los más importantes monumentos construidos por los romanos fueron: templos, teatros, coliseos, circos, termas, foros, arcos de triunfo, basílicas, mausoleos, columnas, acueductos, etc. Los templos y los teatros están inspirados en los modelos griegos; pero los anfiteatros, como el **Coliseo** y los **Arcos de Triunfo**, son novedades propias de los romanos, que contaron con la influencia etrusca. También inventaron el cemento para unir los bloques entre sí.

Escultura.- La escultura romana estuvo también inspirada en la griega, pero, los romanos se distinguieron por la maestría que demostraron al esculpir sus estatuas con admirable parecido al modelo.

Pintura.- Dejaron sus famosos frescos o pinturas sobre las paredes, como las encontradas en **Pompeya**.

Durante el Siglo de Augusto, *se construyeron las siguientes obras de arte*: ***El Foro de Augusto***, ***El Teatro Marcelo***, ***El Pórtico de Octavia***, ***La Estatua de Augusto*** y ***El Altar de la Paz***.

Los principales monumentos levantados en **Roma** *durante el gobierno de* **Augusto** *y con posterioridad a él, fueron*: ***El Panteón***, templo en forma circular, residencia de las divinidades del Imperio; ***El Foro Romano***, *era una plaza pública edificada al pie del Capitolio, primero fue mercado, después se convirtió en el centro principal de Roma, estaba adornado con bellos edificios, allí se reunía el pueblo para tratar diversos asuntos*; ***El Capitolio***, ciudadela levantada sobre una de las colinas que circundan Roma (El Capitolio), el principal edificio que se levantaba en el Capitolio era el gran ***Templo de Júpiter Capitolino***, con santuarios dedicados a las principales divinidades de la ciudad: **Júpiter**, **Jano** y **Minerva**; ***El Coliseo***, era un inmenso edificio de forma elíptica que tenía 190 metros de largo por 157 de ancho y 50 de altura con capacidad para albergar más de 100,000 espectadores, estaba rodeado de largas series de escalones donde se colocaban los espectadores y de numerosas puertas que facilitaban el ingreso y la salida. **El pueblo romano exigía "*pan* y *circo*"-*Panem et Circenses*-.**

EMPERADORES Y SUCESORES DE AUGUSTO

Muerto **Augusto**, le sucedieron buen número de Emperadores hasta la caída del Imperio. Estos sucesores pueden dividirse en los siguientes grupos:

1. **Emperadores de la Familia de Augusto**: TIBERIO, CALÍGULA, CLAUDIO y NERÓN.
2. **Los Flavios:** VESPASIANO, TITO y DOMICIANO.
3. **Los Antoninos:** TRAJANO, ADRIANO, ANTONINO, MARCO AURELIO y CÓMODO.
4. **Los Emperadores Africanos y Sirios:** SEPTIMIO SEVERO, CARACALLA, HELIOGÁBALO y ALEJANDRO SEVERO.
5. **La Anarquía Militar.**- En esta época en 33 años hubo 27 emperadores, siendo los más importantes: MAXIMINO, DECIO y VALERIANO.
6. **Emperadores Ilirios.**- El Imperio ante el peligro de sucumbir, fue salvado por los emperadores ilirios, de los que los más importantes fueron: DIOCLECIANO, CONSTANTINO y JULIANO EL APÓSTATA.

Trataremos a continuación de los más importantes Emperadores Romanos de la fase del Principado, que sucedieron a **Augusto**.

TIBERIO (14-37). A la muerte de Augusto en el año 14 de nuestra era, asume la primera magistratura Tiberio, al principio su gobierno fue prudente y justo, cuidó de sus dominios y bienestar de las provincias, pero nunca fue popular en Roma. Suspende las asambleas populares acostumbradas y convierte el Senado en un órgano sin facultades, servil, integrado por favoritos y que durante su mandato no había que desempeñar papel alguno en beneficio de la República. ***Asume el poder como un gobernante dictador***: *su capricho impera, su arbitrio decide.*

Promulgó una ley llamada "***Ley de Majestad***" que penaba severamente a cualquiera que hiciera referencias ofensivas para el Emperador. Terminó por abandonar Roma y se fue a vivir a la pequeña isla de **Capri**, frente a las riberas del golfo de Nápoles.

En las postrimerías del reinado de **Tiberio** (*año 33*) *se produjo, en Palestina, la crucifixión y muerte de Jesucristo.*

CALÍGULA.- (37-41). A la muerte de **Tiberio**, el Senado eligió Emperador a su sobrino nieto, CAYO CÉSAR, apodado **Calígula** (Calígula deriva de **caliga**, nombre que se daba al calzado de los soldados).

Emperador que se siente dios, pretendió que se le adorara en vida y afirmaba que conversaba con los dioses. Dilapidó locamente el tesoro público. Se valió de la ley de majestad para castigar a los miembros de las familias senatoriales. Al cabo de 4 años de gobierno desorbitado y tiránico, fue asesinado por algunos oficiales de la guardia pretoriana, que se conjuraron para eliminarlo.

CLAUDIO.- (41-54). *Fue hombre sin carácter*, carente de facultades de mando, irresponsable, contrajo matrimonio cuatro veces consecutivas, y *fue siempre*

juguete de sus esposas. Su propia mujer de nombre MESALINA, una prostituta que cometió toda clase de atrocidades e influían en la vida política de romana, dejó en la historia un nefasto ejemplo. La última de sus esposas, llamada AGRIPINA, fue quien realmente gobernó, en su nombre en los últimos años de su reinado. *Agripina mandó asesinar a Claudio* para que **Nerón**, hijo de su primer matrimonio a quien Claudio había adoptado, pudiera llegar al trono (54), sin embargo el gobierno de Claudio favoreció al desenvolvimiento del Imperio, facilitando el desarrollo económico y político, y las provincias fueron bien administradas y se hicieron importantes obras públicas como la construcción de dos grandes acueductos destinados a abastecer de agua a la ciudad de Roma.

NERÓN (54-68). Era muy joven, sólo contaba 17 años cuando fue designado Emperador. Nerón hizo gala de lo estridente y salvaje de sus pasiones, de su megalomanía y desenfreno. *Su crueldad despiadada superó a la de su propia madre,* AGRIPINA, a la que no vaciló en mandar asesinar para librarse de la tutela que aquella pretendía ejercer sobre él, por un piquete de soldados.

A su mujer OCTAVIA, acusada falsamente de adulterio por **Tigolino**, la confinó primero en la isla **Pandataria** y luego la hizo asesinar. Inmediatamente casó con concubina POPEA, mujer instruida e inteligente, pero extremadamente perversa, que incitó a Nerón a la persistencia en su mal proceder. Éste acabó matándola de un puntapié cuando se hallaba embarazada.

Creó un cuerpo de caballeros jóvenes para que la aplaudieran al presentarse al público y cuando actuaba en los juegos. Instituyó certámenes poéticos y gimnásticos en los que se hacía adjudicar los premios. Hizo a caballeros y a senadores descender a la arena del Circo y luchar como gladiadores, y alagó al populacho con espléndidos presentes.

En el año 64 ocurrió el gran incendio de Roma que destruyó las tres cuartas partes de la ciudad, culpándose a Nerón de haberlo provocado, pero la acusación derivó luego hacia los cristianos que fueron perseguidos por tal motivo. En la reconstrucción de la ciudad se reservó gran espacio donde hizo edificar su palacio, que se llamó ***Domus Aurea*** (*casa de oro*), por la abundancia que usó este metal en decorados, y, frente al vestíbulo mandó levantar su propia estatua de 120 pies de altura. Como las rentas del Imperio no bastaban a costear tales prodigalidades, recurrió a los crímenes para obtener dinero; despojó a los templos de sus imágenes, decretó confiscaciones, se incautó e hizo fundir las estatuas de los dioses lares y penates y rebajó la ley de la moneda.

Decretó muchas muertes, entre ellas la del poeta **LUCANO**, de quien Nerón sentía envidia y del propio **SÉNECA**, quien había sido su maestro. También asesinó a su hermana adoptiva ANTONIA, hija de **Claudio**, por no haber accedido

a ser su esposa. Inició la primera persecución contra los cristianos y *por su orden fueron muertos* ***San Pedro*** *y* ***San Pablo.***

El descontento y el odio sembrados en el pueblo hicieron surgir una sublevación en su contra. Ante la avalancha popular, **Nerón** huyó y buscó la solución en el suicidio. Cuando las guardias pretorianas lo abandonaron y la sublevación general lo obliga a dejar el poder, no tuvo más remedio que hacerse dar muerte por un esclavo. Se cuenta que antes de expirar, en su locura exclamó: ¡***Qué gran artista pierde Roma***!

Con la muerte de Nerón se extinguió la familia Julio-Claudia. El Senado podía ahora, elegir libremente al emperador recayendo en cualquier ciudadano; pero los generales que comandaban las legiones aprovecharon de su fuerza para conquistar el poder imperial. Nuevamente como en los tiempos anteriores a Augusto, se desencadenó la guerra civil.

Luego de la trágica época se suceden luchas intestinas para la ocupación del poder: GALBA primero, OTHON y después VITELIO, que deja el poder a VESPASIANO, *quien inaugura la sucesión hereditaria de los* ***Flavios.***

TITO FLAVIO VESPASIANO (69-79).- Había nacido en **Sabina** el 18 de noviembre del año 9 de nuestra era, siendo su familia de oscuro linaje. Se dedicó a las armas e hizo una rápida y brillante carrera.

Era hombre de trato afable, sencillo, frugal, moderado y digno. Gobernó con acierto y honradez, se destaca por el orden y fuerza que imprime al ejército. A su modo *restaura las normas morales* y divide el poder -***Imperium***- con sus hijos **Domiciano** y **Tito**. Reorganiza el Senado para que sea quien elija a los magistrados. Bajo su régimen, la ciudadanía se extiende a las provincias.

Además, Vespasiano cimenta y fortalece la economía pública y ordena la *construcción de muchas abras*, entre las que destaca el *Coliseo*. Políticamente somete a los pueblos rebeldes contra Roma. Le sucede su hijo **Tito**, quien destaca en la historia por su actitud bondadosa, comprensiva y justiciera.

TITO FLAVIO VESPASIANO (79-81).- Hijo mayor de Vespasiano, nació en Roma el 30 de diciembre del año 41. Hizo sus campañas en Germania y Bretaña. El prestigio logrado por Vespasiano consolidó a su familia en el poder y, a su muerte, el Senado eligió Emperador a su hijo Tito. Éste sólo gobernó dos años, siguiendo la política prudente y progresista de su padre. Al fallecer le sucedió su hermano **Domiciano**. *Durante su reinado erupcionó el volcán* ***Vesubio*** (año 79).

TITO FLAVIO SABINO DOMICIANO, hijo menor de **Vespasiano,** nació en Roma en el año 51. *Estaba reputado como cobarde, holgazán y lujurioso-* Al fallecer Tito, le sucedió su hermano **Domiciano**, que comprometió gravemente

la obra de sus antecesores, pues, como Calígula y Nerón, persiguió cruelmente a la aristocracia senatorial, condenando a muerte a centenares de nobles, acusados de conspirar contra el emperador. Levantó, así resistencias cada vez mayores, y terminó trágicamente sus días, asesinado por los oficiales de su guardia.

Cuando en el año 96 cayó asesinado Domiciano, subió al poder un hombre eminente de orden senatorial: **Nerva.**

MARCO CAYO NERVA (96-98), El primer Antonino., nació en **Narnia** (Umbría) en el año 32. Estudió en su juventud jurisprudencia y también cultivó la poesía. Fue un buen emperador. *Con él renacieron la tranquilidad, el orden y la prosperidad.* Restableció la situación financiera y se preocupó particularmente por la suerte de las provincias. **Tácito expresó que la época de Nerva fue** "*uno de esos tiempos felices en que cada cual puede pensar como mejor le plazca y decir lo que piensa*".

TRAJANO (98-117). MARCO ULPIO TRAJANO, después del breve gobierno de Nerva ascendió al poder Trajano, *considerado como el más grande de los emperadores romanos*, nació el 18 de setiembre del año 53 en **España**, había sido adoptado por **Nerva.** *Trajano fue un gran guerrero a la par que fue un ilustre gobernante.*

Inició una política exterior de conquistas como consecuencia de la cual el Imperio alcanzó, entonces, su máxima extensión territorial. Las dos campañas militares más importantes fueron las realizadas contra los dacios, en el Bajo Danubio y contra los partos, en la frontera del Éufrates. El resultado de sus conquistas fue favorable, y quedaron incorporadas al Imperio la **Dacia** –actual **Rumania-**, la **Mesopotamia** y la **Armenia**, la **Siria** y la **Arabia**. Para conmemorar las últimas conquistas de este Emperador el pueblo romano construyó la ***Columna de Trajano***[107].

[107] La ***Columna de Trajano,*** sin duda el monumento más extraordinario que la antigüedad romana nos ha dejado y también el menos conocido a pesar de haberlo tenido siempre delante de los ojos. Porque lo excepcional de la columna no son solamente sus cuarenta metros de altura, sino su "*narratividad figurativa*" (toda hecha de detalles de gran belleza), que requiere una lectura seguida de la espiral de bajorrelieves de doscientos metros de largo que *narra las dos guerras de Trajano en Dacia* (101-102 y 105 d.C.). *El protagonista del relato es el emperador* ***Trajano*** *en persona*, representado sesenta veces en estos bajorrelieves; se puede decir que cada episodio está señalado por la aparición de su imagen. Todos los soldados esculpidos en bajorrelieves, miles y miles, están catalogados con precisión porque la Columna Trajana ha sido estudiada hasta ahora sobre todo como documento de historia militar.
La Columna de Trajano, se mantiene en pie por más de diecinueve siglos. Y quizá se pueda ver *in extremis* porque el mármol de la superficie esculpida se va convirtiendo

Trajano *renunció a las dignidades para congratularse con el Senado y con el pueblo*; así, conquistó el apoyo, el cariño y la admiración general, puesto que como ningún otro emperador, dentro de su poderío se mostraba sencillo accesible y modesto. Ya no fiscalizó las listas de senadores; ya no era tribuno; ya no juzgaba con apoyo en las Leyes de Lesa Majestad a los enemigos descontentos. *Con él se produce el hecho inusitado de que sólo probado deliberadamente el acto constitutivo del delito de lesa majestad, se aplicaría las leyes respectivas*, **su lema en la administración de justicia criminal fue**: "***vale más dejar impune a un culpable, que castigar a un inocente***".

El mandatario ordenó que los magistrados debían invertir por lo menos una cuarta parte de su patrimonio en bienes inmuebles dentro del territorio de Italia. Durante su régimen, el Cristianismo continúo siendo perseguido en tanto su actitud y su doctrina son para el Estado romano una constante fuente de subversión política.

Trajano muere en el año 117 en **Sicilia** *y le sucede su primo* **Adriano**, *a quien adoptara para dejar en sus manos el poder.*

ADRIANO (117-13). PUBLIO ELIO ADRIANO, nació según unos, en España, de padres de origen itálico, y según otros en Roma, de padres oriundos de España, el 24 de enero del año 76, fue un gran Emperador, pero no buscó, como Trajano, la gloria militar.

Durante el régimen de Adriano los bárbaros se agrupan para luchar contra Roma; las fronteras constituyen un serio peligro y obligan a reorganizar el ejército; ir a las Galias y a Britania, África, Grecia y Asia. Adriano se destacó también como hombre afecto a las ciencias y a las artes, fundó numerosas ciudades en provincias, entre ellas la de ***Adrianápolis*** (actual **Adrianópolis** o **Edirne**, en **Turquía Europea**).

Era muy amante de Grecia y del Oriente, residió tres años en **Atenas**, favoreciéndola grandemente, engrandeciendo la ciudad de Atenas terminando el templo de Júpiter empezado en tiempos de **Pisistrato.**

---

en yeso soluble en agua, y la lluvia lo estaba haciendo desaparecer. La supervivencia de antigüedades trata de proteger con los andamiajes esa película. Será culpa del *smog*, será culpa de las vibraciones, o será *el molino del tiempo, que milenio tras milenio consigue reducirlo todo a polvo: el caso es que la presunta eternidad de los vestigios romanos ha llegado quizá al crepúsculo y nos tocará ser testigos de su fin.* ***Esta epopeya de piedra que ha durado hasta hoy, es una de las más amplias y perfectas narraciones figuradas que se conocen.***- Tomado del artículo: *Lectura de la Columna de Trajano* de **Italo Calvino**, publicado en el Suplemento Cultural de "La Industria" Chiclayo-Trujillo, del Domingo 31 de Julio de 1988, pg. 4 y 5.

Adriano *era un hombre muy culto y erudito y de prodigiosa memoria, hizo mucho por la administración de justicia,* ***se preocupó de humanizar las leyes romanas***, suavizó los castigos que se imponían a los esclavos, y trató severamente a los que se mostraban crueles con sus criados. **Promulgó un Código llamado** ***Edictum Perpetum*** *(Decreto Permanente)*, en el que aparecían compilados los edictos de los pretores y de cuya recopilación se encargaron SALVIO JULIANO, PRISCO y CELSO. Por su gobierno mereció el dictado de ***Padre de la Patria.***

ANTONINO PÍO (138-161). TITO AURELIO FULVIO, nació en **Lunavium**, cerca de Roma, en el año 86. Había recibido una educación esmerada y era dueño de una gran fortuna. *Hijo adoptivo de Adriano*, le sucede en el Imperio, fue un eminente gobernante al que se ha calificado como el "***más perfecto de los soberanos conocidos***". Era un hombre superior y completo, preocupado por el bien público y por el cumplimiento de sus deberes, desdeñoso de las seducciones y los halagos materiales del poder.

Antonino Pío, fue como gobernante y como hombre, uno de los mejores. Todo cuanto era lo dedicó al servicio del Estado; amplió las facultades políticas del Senado: humanizó el trato a los esclavos; creó instituciones benéficas para los jóvenes pobres; modificó, humanizando las leyes sobre el adulterio; moralizó la administración. La muerte le sorprendió en el año 161, después de haber reinado 23 años.

MARCO AURELIO (161-180). ANNIO VERO VERÍSIMO, nació en **Roma** el 26 de abril del 121. Pertenecía a un ilustre familia española y *al ser adoptado por Antonino tomó el nombre de* MARCO AURELIO ANTONINO VERO. Se dedicó desde su juventud al estudio de la retórica y de la filosofía estoica. *Era un hombre de acrisolada virtud y de una gran elevación de pensamientos.* En 161 sucedió en el Imperio a Antonino Pío y asoció enseguida al trono a su hermano Lucio Vero; desde 169 a 177 gobernó sólo y en 177 asoció en el gobierno a su hijo Cómodo.

Marco Aurelio *se distinguió por su carácter afable, su dedicación al cumplimiento del deber y su amor a la justicia y la tolerancia.* Pese a su amor a la paz se vio obligado a sostener guerras casi perpetuas para mantener la integridad del Imperio, amenazada especialmente por los bárbaros de Germania, que intentaban quebrar las fronteras del Rin y del Danubio. **Marco Aurelio** murió en el año 180, en **Vindobona** (Viena), en momentos en que sus tropas enfrentaban, nuevamente, en Oriente, a los partos.

CÓMODO (180-193). CÉSAR LUCIO ELIO AURELIO CÓMODO ANTONINO AUGUSTO, nació en **Lanuvium** el 31 de agosto del año 161. Hijo del matrimonio de Marco Aurelio y Faustina. *Desde muy joven a pesar de la buena*

educación que había tratado de darle su padre, mostró los más viles y depravados instintos. ***Fue precoz en su crueldad y en todos los vicios.***

Este emperador descuidó la administración y se preocupó solamente, de proporcionarse placeres y de organizar combates de gladiadores, por los que sentía verdadera pasión. Con él se extinguió la dinastía de los Antoninos, y, también la era de paz y prosperidad señalada por el gobierno de esos emperadores, En efecto, después de Cómodo y durante casi todo el siglo III, continuas guerras civiles anarquizaron y empobrecieron el Imperio Romano.

LA DINASTÍA DE LOS SEVERO (193-135). A la muerte de Cómodo, el indigno hijo de Marco Aurelio, después de una sangrienta lucha entre las legiones imperiales, resultó triunfante **Septimio Severo**, jefe de las legiones de Iliria.

SEPTIMIO SEVERO (193-211). LUCIO SEPTIMIO SEVERO había nacido en **Leptis Magna** (Tripolitania) el 11 de abril del año 146 y poseía una brillante historia militar.

Septimio Severo *fue un hombre recto, probo y sin vicios que procuró ejercer el poder con mesura*; pero no pudo ni quiso devolver al Estado su antigua estructura, y así fue entregando la totalidad del poder al ejército. Esta política fue llevada hasta las últimas consecuencias por su hijo y sucesor, Caracalla.

CARACALLA (211-217). MARCO AURELIO ANTONINO BASIANO, nació en **Lyon** (Lugdunum), el año 188 y se la conoció por el sobrenombre de *Caracalla* por usar casi siempre una capa corta de este nombre, de origen galo, que distribuía en abundancia al pueblo.

Caracalla, fue un mal gobernante, que gastó sin control el dinero público, pero durante su reinado se *adoptó una medida de gran trascendencia que fue la de otorgar ciudadanía romana a todos los hombres libres del Imperio año 212.* Para dictar esta medida no se inspiró en móviles de justicia, sino en el deseo de aumentar las rentas de los bienes fiscales, pues los nuevos ciudadanos debían de contribuir en el 20 % de los bienes heredados. *Una de las muchísimas víctimas de su crueldad fue el célebre jurisconsulto* **Papiniano**.

HELIOGÁBALO (218-222). VARIO AVITO BASIANO. Nació en **Antioquía** en 201 o 204 y subió al trono el 16 de mayo 218, después de haber sido derrotado y muerto su antecesor **Macrino**. Desde los 13 años estaba consagrado como sacerdote al Sol y al ser nombrado Emperador adoptó los nombres de **Marco Aurelio Antonino**. *Era tan afeminado como de sibaríticas costumbres.* Llegó a Roma con un numeroso harén y rodeado de un consejo de mujeres, que eran las que hacían y deshacían en su nombre. *Se vestía frecuentemente de mujer y tomaba por esposo a un gladiador. Trató de imponer en Roma el culto del Sol, menospre-*

ciando a los demás dioses del Panteón Romano; murió asesinado en su palacio y su cadáver fue arrojado al Tíber el 11 de marzo del 222.

ALEJANDRO SEVERO (222-235). Alejandro Severo nació en **Arca Cesárea** (Fenicia) del 205 al 208. Lo había adoptado **Heliogábalo**, después envidioso por la popularidad que llegó alcanzar, quiso matarle en dos ocasiones. Adolescente aún fue proclamado Emperador y gobernó siguiendo los acertados consejos de su madre **Avita Mamea** y de su tía **Julia Maesa**. *Fue un gobernante justo y sabio. Como persona era sobrio y austero. Culto y ecuánime gobernante, quiso restablecer la disciplina y reorganizar la vida pública*, ya era tarde fue asesinado por sus mismos soldados acaudillados por **Maximino**, cuando fue a sofocar la rebelión de los germanos, juntamente con su madre el 19 de marzo del 235.

ANARQUÍA MILITAR (235-285). Desde la muerte de Alejandro Severo hasta la asunción del poder por Diocleciano, el Imperio se suma a una terrible confusión -*luchas militares*-, *se producen las invasiones bárbaras*, los godos entran en la Península de los Balcanes saqueándola, ante la impotencia de los ejércitos imperiales. Reinado de **CLAUDIO II** (268-270) llamado **el Gótico** organizó fuerzas y afianzó su autoridad y se opuso con éxito a los godos, a quienes logró expulsar de la Península de los Balcanes; sucesor **AURELIANO** (170-275) logró alejar del territorio romano a los invasores panonios y alemanes, ordenó construir un muro llamado Aureliano para asegurar la ciudad de Roma, incorporó al Imperio las regiones de Galia y Palmira que se habían separado, reordenando el Imperio, faltando la reorganización interna, que correspondió a **DIOCLECIANO**, que fue proclamado Emperador en Calcedonia el 29 de agosto de 284 por las legiones.

6.1.2. ORGANIZACIÓN POLÍTICA DEL IMPERIO

Al inicio del Principado, los emperadores especialmente Augusto y su sucesor Tiberio quisieron restaurar el esquema institucional de la República, subsistiendo las magistraturas, el Senado y los comicios, estos órganos experimentaron transformaciones diversas hasta que sus funciones fueron asumidas por los príncipes o emperadores.

Atribuciones del Emperador

El emperador tiene los siguientes poderes y facultades:

a. **Poder Proconsular,** le autoriza, a decidir la política exterior y el mando supremo de los ejércitos.
b. **Potestad Tribunicia,** confería al príncipe la inviolabilidad, el derecho de veto contra las resoluciones de los magistrados menores y el derecho de convocar y presidir los comicios y el senado.

c. **Potestad Sensorial,** que le permite supervisar y depurar el Senado, así como nombrar nuevos miembros en caso de vacancia.

d. **Pontífice Máximo,** que hacía del Emperador el representante de la divinidad y el custodio de la religión pública romana.

e. **Potestad Bélica,** concede al Emperador el derecho de declarar la guerra y pactar la paz.

f. **Potestad de Apelación,** le otorga exclusividad en materia de administración de justicia, al conocer en grado de apelación las resoluciones dictadas por los tribunales y magistrados inferiores.

g. A estos poderes fundamentales se agregan, la facultad de acuñar monedas, de conceder ciudadanía a sus súbditos, la organización y gobierno de los municipios, conceder honores a los más distinguidos ciudadanos, etc.

EL SENADO

El Senado imperial continuó siendo el órgano esencial del gobierno, conservando sus atribuciones, salvo en lo atinente a la política exterior, que en sus formas de diplomacia y de guerra pasó a la potestad del príncipe. El Senado amplió sus esferas de competencia, como en lo referente a la *actividad judicial,* a la facultad de elegir para los altos mandos del ejército, y en especial a la *potestad legislativa,* que experimentó notable incremento sobre todo cuando los comicios dejaron de funcionar, los senadoconsultos adquirieron gran relieve, constituyendo una de las fuentes más fecundas del derecho imperial.

El cúmulo de poderes del Senado imperial lo convirtió en un asociado del Emperador en el gobierno y administración del Estado, por eso al Principado también se le denomina "***diarquía***", porque la dirección del Estado estaba dividida esencialmente entre dos órganos: *el Príncipe y el Senado.*

Este organismo, que en los primeros años del Imperio compartió el gobierno con el Príncipe, se convirtió con el correr del tiempo en un cuerpo servil de los mandatos de éste, cuyos miembros los nombra y remueve a su antojo.

Sus funciones pueden reducirse a:

a. La creación de normas jurídicas -*senadoconsultos*-.

b. Elección de antiguas magistraturas republicanas.

c. Represión penal en cuanto a los delitos políticos.

LOS COMICIOS

Los comicios subsisten durante el Principado en forma de *comicios por centurias y comicios tribales* conservando sus funciones legislativas y electorales, no

así las judiciales. El Emperador Tiberio, heredero político de Augusto, respeta las atribuciones de los comicios, las que con sus sucesores se van empalideciendo, funciones que son absorbidas por el Senado.

Las funciones de administración de justicia penal son asumidas por el Emperador y *después de Tiberio la actividad legislativa de los comicios desaparece totalmente.*

NUEVAS MAGISTRATURAS

Los funcionarios son nombrados directamente por el Emperador y *se pierde el "**jus honorum**"; los cargos son remunerados.* Se constituye una organización burocrática, integrada por numerosos funcionarios imperiales que actuaban como delegados del Emperador para posibilitar la amplia gama de potestades que sucesivamente fue adquiriendo.

Pertenecían a dos clases sociales dominantes en la época: ***la clase ecuestre***, formada por los que ocupaban funciones militares y fiscales y ***la clase senatorial*** por los que desempeñaban tareas administrativas.

Un colegio de funcionarios, el consejo imperial ***concilium principis***, asistía al emperador en el ejercicio de su autoridad administrativa y judicial.

Dentro de los funcionarios del Imperio se distinguen:

a. ***Praefectus Praetorii.*** Prefecto pretorio, situado en el primer rango dentro del aparato administrativo estatal. *Era el jefe de la guardia imperial y a la función castrense unía la competencia judicial en aquellas causas civiles o criminales en que tenía que intervenir el emperador, quien al delegar sus poderes en el prefecto del pretorio, hacía de este funcionario el* **Juez Supremo del imperio**, operan como tribunal de apelación de los gobiernos de provincia, sus fallos son inapelables. ***Son cuatro, dos en Oriente y dos en Occidente.*** Concretamente en el campo judicial el ***Praefectus Praetorio*** *administraba justicia en Suprema Instancia en nombre del emperador*[108].

b. ***Praefectus Urbi.*** *Eran los gobernadores de la ciudad, ejercían funciones civiles y criminales y entienden como tribunal de apelación de los fallos dictados por los tribunales menores*, dentro de un radio de cien millas a la redonda de la ciudad, creado por Augusto para mantener tranquilidad y el orden en la urbe[109].

---

[108] DE CHURRUCA, Juan; *Introducción Histórica del Derecho Romano*, 2da Edición, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1982.

[109] KUNKEL, Wolfgang; *Historia del Derecho Romano*; 3era Reimpresión, Editorial ARIEL S.A., Barcelona, 1994, Pg. 64.

c. ***Praefectus Annonae.*** *Con funciones de vigilancia sobre el aprovisionamiento de víveres de la población.* Tiene jurisdicción respecto a faltas e infracciones de tipo local.

   La provincia de Egipto debido a su significado económico *fue considerada como granero del imperio y fuente principal de aprovisionamiento de la ciudad de Roma.* **El cargo de gobernador de Egipto (*praefectus Alexandriae et Aegypti*)** era uno de los más altos que podría alcanzar un caballero[110].

d. ***Praefectus Vigilum.*** Jefe de una guardia especial, dedicada a evitar robos y promover la persecución y captura de los delincuentes y combatir los incendios.

e. ***Praefectus Aerarii.*** Con funciones de cuestores en relación a los impuestos y al tesoro público.

f. ***Consilium Principiis o Aula Regia.*** *Consejo asesor del soberano,* compuesto por magistrados y funcionarios de diversa índole, elegidos por el monarca le acompañaban en todo momento brindándole consejos e interviniendo en forma activa en el desempeño del poder.

g. ***Vicarii Praefectus Praetorio.*** Formado por los gobernadores de las diócesis en que se dividen las prefecturas, con carácter militar y jurisdiccional.

h. ***Gobernadores de Provincias.*** A la cabeza de cada una de las provincias en que se dividen las diócesis, se halla un ***gobernador.*** *Entiende en primera instancia en juicios de poca importancia.* Son responsables del orden público y la recaudación de impuestos.

i. ***Magistrados Auxiliares del Emperador.*** Son magistrados de menor importancia, merecen citarse: ***El Quaestor Sacrii Palatii,*** *redactor de las leyes* (constituciones imperiales) y *responsam* (respuestas del emperador a consultas formuladas). ***Comes Sacrarum Largitionum,*** administrador de las fábricas, minas y finanzas del Estado. A su cargo está la acuñación de la moneda. ***Comes Rerum Privatarum,*** administra las propiedades y bienes en general, de propiedad del príncipe.

[110] KUNKEL, Wolfgang; op. cit. pg. 64.

6.1.3. FUENTES LEGISLATIVAS IMPERIALES: LEYES COMICIALES, EL EDICTO DE SALVIO JULIANO, LOS SENADOCONSULTOS Y LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES

1. LEYES COMICIALES

El derecho siguió progresando hasta la muerte de Alejandro Severo (222-235). *La costumbre* siguió siendo una fuente activa del derecho consuetudinario. El derecho escrito proveniente del ejercicio del poder legislativo, el cambio de gobierno trajo modificaciones.

En los primeros años del Imperio, los emperadores conservan, en apariencia, las antiguas formas republicanas y hacen votar las leyes en los comicios probablemente por tribus, después de haber sometido los proyectos al Senado.

Bajo AUGUSTO se votan las leyes siguientes:

a. **Lex Julia de Maritandis Ordinibus**.- Ley rogada por **Augusto**. Votada en el año 18 a.C., favoreciendo los matrimonios entre personas del mismo rango social, la natalidad legítima y el establecimiento de cargas de tributación y *restricciones de derecho hereditario para solteros y casados sin descendencia.*

b. **Lex Fufia Caninia o Furia Caninia.**- Ley rogada y votada en el año 2 a.C., prohibiendo las manumisiones testamentarias pasados ciertos límites.

c. **Lex Aelia Sentia de Manumissionibus.**- Ley rogada por los cónsules S. **Aelius Catus** y **C. Sentis Saturninus**, votada en el año 4 d.C., con el fin de restringir las manumisiones *inter vivos.*

d. **Lex Iunia Norbona**.- Ley rogada, probablemente por los cónsules **M. Iunius Silanus** y **L. Norbanus Balbus**, del año 19 d. C., reglamentando el régimen de las manumisiones, limitando éstas y cerrando el paso a la ciudadanía romana para ciertos libertos, para los que se creaba la situación de ***latini iuniani.***

e. **Lex Papia Poppea Nuptialis**.- Ley rogada por los cónsules **M. Papius Mutilus** y **C. Poppaeus Sabinus**, votada en el año 9 d.C. *completando y modificando la* ***Lex Iulia de Maritandis Ordinibus****.*

Después, los emperadores reemplazan el voto de los comicios por la resolución del Senado, y posteriormente, ellos hacen directamente las leyes. Los senadoconsultos y las constituciones imperiales suceden, en este período, a las leyes y plebiscitos. *Así fue como el edicto de los magistrados y las respuestas de los prudentes se convirtieron fuentes del derecho escrito, a partir de Adriano.*

2. EDICTO PERPETUO DE SALVIO JULIANO

A fines del siglo I d.C., la importancia de la obra del pretor terminó y sus edictos ya no se hacen notar por ninguna reforma trascendente.

Cada pretor, según se ha dicho, al iniciar sus funciones podía agregar al edicto de su colega anterior nuevos principios, adaptándolos como ***edictos tralaticios*** confirmados por el uso constante; más para suplir las nuevas necesidades, agregaban cláusulas, adiciones y desarrollos, de lo que resultó que a los edictos faltaba orden lógico y que además incurrieran en no pocas contradicciones, por lo que se pensó en eliminarlas reduciendo el edicto con todos sus aditamentos a un sistema bien ordenado. Sin embargo un amigo de César **Aulus Ofilio**, se ocupó de ponerlos en orden; su obra fue de interés para sus contemporáneos, pero habiéndose hecho nuevas adiciones y cambios, se notó la necesidad de someter el edicto a una reestructuración general.

Corresponde al Emperador **ADRIANO** *codificar los principios del derecho pretorio*; *encargó esta misión al jurisconsulto* **SALVIO JULIANO en el año 130 d.C.**, quien reúne en un solo cuerpo las reglas publicadas cada año por el pretor y los ediles curules, cumpliendo su cometido, omitiendo la parte anticuada, modificando algunas expresiones y añadiendo nuevas cláusulas, aunque respetando el conjunto y el orden antiguo. Después su obra fue ratificada por el senadoconsulto. Este fue el ***Edictum Perpetuum***, también conocido con el nombre de **Edicto de Adriano o Edicto de Salvio Juliano**[111].

Ya antes de la elaboración del Edicto de Salvio Juliano, los edictos fueron objeto de estudios y comentarios, comenzando por el brevísimo de Servio Sulpicio, de que habla Pomponio, hasta llegar a los comentarios de Labeón, Fabio Mela, Sexto Pedio y Viviano, y al contenido en la primera parte de los Digestos de Celso. Pero después de la obra juliana, se reavivó todavía más la actividad de los comentaristas: el mismo **Salvio Juliano** comentó profusamente el Edicto en los 52 primeros libros de su grandiosa obra ***Digestorum***, y otro tanto hicieron en las obras especiales de Pomponio, Paulo, Ulpiano, Fabio Antiano y Calistrato. Gayo escribió algunas monografías acerca del edicto del pretor urbano.

Tales comentarios proporcionaron tantos materiales a los compiladores de las Pandectas, que la tercera parte de ellas está compuesta de fragmentos tomados de las obras de los indicados comentaristas, hecho que basta para demostrar la inmensa importancia que tiene el **Edicto Perpetuo de Salvio Juliano** para el estudio del Derecho Romano. Pero, por desgracia, no ha llegado hasta nosotros copia alguna de este importantísimo monumento jurídico.

---

[111] **Salvio Juliano**, *fue oriundo de Hadrumetum, en la provincia de África.*

3. LOS SENADOCONSULTOS

En este período cuando las asambleas del pueblo fueron cada vez más raras, los proyectos de ley se someten a la aprobación del Senado. Este procedimiento encuentra resistencia, así Gayo decía que la fuerza legal de los senadoconsultos fue rechazada. Por esta razón en el siglo I d.C., el Senado no formula sus decisiones de una manera imperativa; se limita a emitir dictámenes y apela a la autoridad del pretor para asegurar su observancia.

A partir de **Adriano** 117-138 d.C. hasta el reinado de **Septimio Severo** 193-211 d. C., es cuando rigen con mayor autoridad, que no es rechazada por ningún jurisconsulto, pues, ***el valor del senadoconsulto es equiparado a la ley***, y ocupa su lugar, constituyendo una de las principales fuentes del derecho civil. Con **Diocleciano** *toma gran incremento la legislación edictal de los emperadores, quedando reducido el Senado a una absoluta impotencia*: pero ya antes de Diocleciano se valían los emperadores del Senado como un simple instrumento de su voluntad.

El senadoconsulto normalmente llevaba el nombre del emperador o cónsul que lo proponía, entre algunos de los senadoconsultos importantes mencionaremos:

Senatus Consultum Macedonianum.- Senadoconsulto dictado probablemente en el año 47 d.C., con ocasión de la perpetración de un acto criminal por un tal **Macedonio,** *derivado de un préstamo a un hijo de familia menor*, estableciendo que el hijo de familia que hubiese concertado un préstamo no podía ser obligado a la restitución de lo entregado no aún después de su emancipación por muerte del padre en cuya potestad hubiese estado (D. 14. 6; C. 4. 28).

Senatus Consultum Neronuanum.- Senadoconsulto dictado a propuesta del emperador **Nerón**, entre los años 54 y 68 d. C., disponiendo que si un testador ordenaba un *legado* empleando una forma inapta para su efectividad, debía, sin embargo, ser respetado como si hubiera ordenado válidamente.

Senatus Consultum Plancianum.- Senadoconsulto anterior a la muerte del emperador Adriano, disponiendo que la *mujer divorciada que se cree embarazada debe denunciar su estado al marido dentro de los treinta días a la disolución del matrimonio*, a fin de que éste pueda tomar todas las medidas precisas de verificación y precaución, con vistas a la determinación de la paternidad. El jurista **Ulpiano** aboga por el Senadoconsulto sea anterior a Adriano (D. 25 3. 1.)

Senatus Consultum Tertulianum.- Senadoconsulto de la época del emperador **Adriano**, *concediendo a la madre de tres hijos, caso de ser ingenua, y de cuatro, si era libertina* (o a la que sin tenerlos, el emperador hubiera otorgado el ***ius liberorum***), *el derecho de suceder a sus hijos en la clase de los agnados*, en con-

curso con las hermanas consanguíneas del difunto y ante los demás agnados (D. 38. 17; C. 6, 56.)

Seratus Consultum Orphitianum.- Senado consulto dictado el 178 d.C., disponiendo que los hijos sucedieran a la madre con preferencia a todos los agnados (D. 38, 17; C. 6, 57.)

Senatus Consultum Trebellianum.- Senadoconsulto del año 56 o 57 d.C., dictado bajo el .consulado de **Terbellius Maximus** y **Anneus Séneca**, estableciendo que en el caso de un *fideicomiso universal,* habiendo el heredero entregado fideicomisariamente la herencia, dejaba de ser responsable ante los acreedores de la misma, así como de ser titular de las acciones derivadas de ésta, convirtiéndose, por lo tanto, el fideicomisario prácticamente en sucesor universal del testador.

Senatus Consultum Pegasianum.- Senadocunsulto distado probablemente durante el gobierno de **Vespasiano**, año 73 d.C., *autorizando al fideicomisario a accionar contra el heredero pata obligarle a aceptar la herencia* y concediendo al propio tiempo a éste el derecho a una *cuarta parte del activo de la herencia* (***quarta pegasiana***). Simultáneamente derogaba normas del *Senatus consultum Trebellianum* para una serie de casos. *Recibe nombre* este Senadoconsulto de uno de los cónsules. **Pegaso** y **Pusion**, tal vez del propio jurista **Pagaso** (I. 2, 23, 5, 6, 7; C. 1. 17. 2. 6.)

Senatus Consultus Velleianum.- Senadoconsulto de fecha incierta, probablemente del 46 d.C., presentado por los Cónsules **Vellaeus** e **Iunius Silvanus**, *estableciendo la nulidad de las obligaciones derivadas de fianzas y préstamos asumidas por mujeres como intercesión en beneficio de otros.* La jurisprudencia y la legislación imperial desenvolvieron sus principios unas veces en sentido restrictivo y otras extensivo, pero siempre con miras a proteger a las mujeres (D. 16, 1; C. 4. 29.)

4. LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES

A medida que los príncipes romanos se iban invistiendo las magistraturas, adquirían el derecho de dictar ordenanzas semejantes a la de los pretores y de los demás magistrados mayores. ***Desde el momento en que Roma dejó de ser República, con Augusto, las constituciones imperiales comenzaron a ser fuente legítima de derecho escrito.*** Pero convencidos Augusto y sus primeros sucesores de que el secreto de todo nuevo gobierno está en conservar la imagen del antiguo, dejaron subsistir las antiguas magistraturas y, manifestando voluntad bajo formas republicanas, respetaron la apariencia de la República. Así se explica cómo durante los primeros tiempos del Imperio no fueron todavía las constituciones imperiales, sino los senadoconsultos la fuente más fecunda del derecho. Sólo a

medida que fue creciendo luego el poder imperial, creció también el número de las constituciones imperiales.

Cuando el Estado asume las características de una monarquía absoluta o autocrática con la dinastía dioclecianea-constantiniana, la potestad legislativa pasa a ser atributo exclusivo del emperador, que ejerce también la administración y la jurisdicción romana. Por estas razones y porque la jurisprudencia ha empalidecido en grado sumo, *las constituciones de los emperadores se convierten en la única y exclusiva fuente del Derecho Romano.*

CLASES DE CONSTITUCIONES IMPERIALES.- Tenemos varios géneros:

a. **Leges Datae**, o sea constituciones emanadas a consecuencia del encargo que para ello hacían al emperador las tradicionales asambleas legislativas (comicios y Senado).
b. **Edicta**, eran *disposiciones generales* análogas a los edictos de los magistrados, publicadas por los emperadores en virtud de alguna de las magistraturas de que eran titulares, en ejercicio del ***ius edicendi.***
c. **Decreta**, *decisiones judiciales* dadas por el emperador como Magistrado Supremo, ya fuese en primera instancia o en grado de apelación, en causas llevadas a su conocimiento en juicio entre particulares.
d. **Mandata**, *eran órdenes e instrucciones enviadas por los emperadores a sus subordinados* conteniendo reglas referentes al modo de desempeñar su cargo, sobre todo a los gobernadores de provincia. *Estas instrucciones se refieren a la esfera administrativa*; pero algunos expresan principios de derecho, como las normas que prohíben a los gobernadores casarse con mujeres de su provincia, y la que autoriza a los soldados a testar sin observar las formalidades extrínsecas o intrínsecas establecidas por el Derecho Romano.
e. **Rescripta**, *eran respuestas a preguntas verbales o escritas, de particulares o de jueces, respecto a cualquier punto de derecho*, ya en abstracto, ya respecto a casos especiales que daba el emperador. Si eran dadas bajo *forma de carta* se llamaban *epístolas*, y si de *nota escrita* debajo de la demanda, *subscriptio.*
f. **Leges Generales**, que fueron puestas en uso desde Diocleciano, es el medio de que se vale el emperador para crear nuevas normas jurídicas.
g. **Sanctiones Pragmáticas**, aparecen en el Bajo Imperio, eran disposiciones adoptadas por el emperador, dirigidas en su mayor parte a corporaciones o a particulares que las representasen, que generalmente contenían un orden completo de disposiciones legales.

De todas estas categorías de constituciones, tienen mayor importancia para el estudio delo Derecho Romano, los ***rescripta*** porque considerable número de ellos fue incluido en los códigos o compilaciones de constituciones, dándoles valor general y las *Leges Generales*, que se convirtieron desde DIOCLECIANO en *verdadera y única fuente del derecho.*

6.1.4. LA OBRA DE LOS JURISCONSULTOS ROMANOS

La actividad práctica profesional de los juristas de la época republicana se desarrolló en tres sentidos: ***Respondere, Cavere,*** y ***Agere.***

EVOLUCIÓN HISTÓRICA. *Los jurisconsultos pasaron por cuatro fases sucesivas:*

1. **Antes de Augusto** eran simples abogados de consulta, sin ningún carácter oficial.
2. **Augusto** concedió, a algunos de ellos una calidad oficial, otorgándoles el ***ius respondendi*** o derecho de contestar las consultas jurídicas. La opinión de estos jurisconsultos se imponía a los jueces en los juicios en que habían dado consulta.
3. **En una época indeterminada** según unos bajo Adriano y según otros en el Bajo Imperio, ***los escritos de los jurisconsultos oficiales tuvieron autoridad igual a la de la ley.***
4. Una Ley célebre del año 426, dictada por TEODOSIO II y VALENTINIANO III, llamada ***Ley de Citas,*** con la cual redujo al número de 5 el de las autoridades doctrinales a que podían recurrir los jueces en la aplicación de las leyes, obras que fueron declaradas autorizadas mediante la **Constitución de Teodosio**, son la de los jurisconsultos entonces tenidos como 5 luminares de la ciencia del derecho, a saber: GAYO, PAPINIANO, PAULO, ULPIANO y MODESTINO[112]. Pero como quiera que aún en las obras de los cinco sumos jurisconsultos podía ver discrepancias de opinión acerca de muchos puntos importantes, resolvió que se adoptase el parecer de la mayoría, y en caso de empate debía prevalecer la opinión de PAPINIANO. Como se ve, **Teodosio *instituyó un colegio de difuntos presidido por Papiniano.***

No hay que olvidar que los jurisconsultos romanos fueron también grandes maestros y que bajo el Imperio se llegó hasta abrir escuelas permanentes (***stationes***), donde el maestro exponía las varias doctrinas y proponía controversias jurídicas a las que respondían los discípulos.

---

[112] LEY DE CITAS de Teodosio II.- Felipe Serafini, op cit. pg 51-52.

LAS ESCUELAS CLÁSICAS: PROCULEYANOS Y SABINIANOS

Bajo Augusto *se fundaron en Roma dos escuelas rivales de jurisconsultos*: **Proculeyanos** y **Sabinianos**.

LA CORRIENTE PROCULEYANA, fundada por M. ANTISTIO LABEÓN y continuada por su discípulo PRÓCULO, *era de tendencia democrática y defendía la idea republicana de gobierno*, imbuida en los principios de la filosofía estoica, empleó en sus razonamientos una lógica inflexible. LABEON fiel a las instituciones republicanas rehusó dignidades que le ofreció augusto, éste insigne jurista creó una serie de clasificaciones divisiones y definiciones, así la definición de ***dolus malus****, de error excusable*, del *concepto de pertenencia*, etc., y quizá la división de las acciones reales y personales. Fue un filólogo -analogista- conoció la cultura griega y romana de su tiempo y aplicó los métodos filosóficos a sus estudios de jurisprudencia.

Pertenecen a esta escuela:

M. Antistius Labeo	***Pegasus***
Nerva Pater	***Celsus Pater***
Proculus	***Celsus Filius***
Nerva Filius	***Neratius***

LA CORRIENTE SABINIANA, con C. ATEYO CAPITÓN, que es un jurista favorito del emperador fue colmado de gracias por **Augusto**, *escuela de tendencia aristocrática y partidario del Imperio*, rebelde a las doctrinas filosóficas, permanece fiel a las tradiciones de los jurisconsultos que le han precedido y se deja guiar por sus antecesores. **Como jurista Capitón fue inferior a Labeon**; sus obras se preocupan más de los ritos de la religión oficial que del derecho, cual lo prueban tanto sus libros de ***Iure Pontificia*** como aquellos que se intitularon ***Coniectania***. Tras Capitón viene MASURIO SABINO, que da su nombre a la escuela.

Pertenecen a la escuela Sabiniana:

Ateius Capito	***Valens***
Massurius Sabinus	***Julianus***
Cassius	***Pomponius***
Caelius Sabinus	***Gaius***
Javolenus	

La rivalidad entre ambas escuelas de derecho no va más allá del reinado del emperador Adriano, ya que bajo el régimen de los Severos no es posible afirmar

que los grande jurisconsultos de la época pertenecieron a una u otra corriente, tal es caso de **Papiniano**, considerado como el más grande de los jurisconsultos romanos -***princeps iurisconsulturum***- , de **Paulo, Ulpiano, Marciano**, y **Modestino**.

PRINCIPALES JURISCONSULTOS DEL DERECHO CLÁSICO

C. ATEIUS CAPITO.- *El primer fundador de la Escuela de los Sabinianos*, casi oficial, así llamada, de **Massurio Sabino**, uno de los grandes maestros, de naturaleza más reservada que el brillante Labeón, de una personalidad bastante esquiva. De sus escritos son citados con seguridad estos títulos: ***Coniectania***, por lo menos nueve libros y ***Iure Pontificio***, por lo menos en seis libros.

M. ANTISTIUS LABEO.- *Fue el primer fundador de la Escuela de los Proculeyanos*, dejó impresas profundas huellas en el desarrollo histórico del derecho civil. Tenía por costumbre enseñar en Roma durante seis meses. Retirándose al campo durante otros seis, para escribir libros de derecho, *se cree que ha dejado unos cuatroscientos volúmenes* (***libri posteriorum, probabilium, commentarii ad legum* XII *tabularum, libri ad edictum praetoris urbam et peregrini, libri epistularum, libri responsorum, commentarii de iure pontificio***). Mostró gran cultura filosófica, *aptitud especulativa, fina dialéctica* y *profesó principios estoicos*. Vivió en el Imperio de Augusto y murió antes que su rival Capitón.

MASSURIUS SABINUS.- Cuyo nombre tomó la Escuela de los Sabinianos, obtuvo de Tiberio el ***ius respondendi***, y **vivía en tiempo de Nerón. Massurius Sabino** *primer jurista que vivió de sus trabajo*, fue célebre por su obra máxima "***Libri Tres Iuris Civilis***" que sirvió de texto a los juristas posteriores, de esta obra, de la que se exponía de forma concisa, casi lapidaria, todo el Derecho civil, se encuentran muchos fragmentos en los ulteriores ***comentarios ad Sabinum*** hechos por **Pomponio, Ulpiano** y **Paulo**, de los cuales hay un gran número de extractos. Otras obras de Sabino son: ***Libri ad Respondorum, Libri ad Edictum Paretoris Urbani, Libri ad Vitellium, Libri Memorabilium, Commentarii de Indigenis, Libri Assesorum***.

Sabino es citado en más de 200 pasajes de las Pandectas, en uno del Código y en dos de las Instituciones.

C. CASSIUS LONGINUS.- Cónsul del año 30 d.C., lugarteniente de Siria, sucedió a Sabino en la escuela, que de su nombre llevó el de ***casiana***, fue el mejor discípulo de la escuela, tras ocupar elevados puestos políticos bajo Calígula y Claudio, fue deportado por Nerón y reintegrado a la patria por Vespasiano. Escribió, además de las respuestas que no tuvieron gran influencia una célebre obra de ***iuris civil*** (Derecho Civil) en 15 libros, sobre los cuales **Javoleno** compuso una

obra de 15 libros, 69 fragmentos de la cual pasaron a las Pandectas, en las cuales es citado 143 veces.

PROCULUS.- *De quien tomó nombre la Escuela Proculeyana*, parece haber tenido mucha celebridad. Según **Pomponio** fue el más eminente de la Escuela de **Labeón**. Por noticias que tenemos, en la producción de los proculeyanos predomina indiscutiblemente la casuística. Del mismo **Próculo** se encuentran alabadas las notas a Labeón y se han conservado numerosos fragmentos de una obra, en 11 libros aproximadamente, intitulada, ***Epistolae***, que contiene respuestas dadas a particulares y ***Quaestione escolásticas***. En Pandectas es citado 45 veces.

NERVA.- La producción científica de los dos **Nervas** (***pater et filius***), que vivieron en el periodo de Tiberio Claudio, solo se tiene noticias de **los *Libri usucapionibus*** del hijo; pero entre ambos son citados con gran frecuencia como consultores, juntamente con Pegaso, jefe de la Escuela bajo Vespasiano.

P. JUVENTIUS CELSUS.- Hijo del jurisconsulto Juvencio Celsus a quien sucedió en la Escuela proculeyana; fue pretor en el año 101, cónsul por segunda vez en el año 129, y del Concejo de Adriano. Escribió muchas obras (ya que el padre no parece que publicase obra alguna), entre las cuales se cuentan ***39 libros Digestorum, 7 libros Commentariorum, 11 libros Epistolarum*** y ***19 libros Quaestionum***. De él tomo nombre el ***Senadoconsulto Juvenciano***[113].

Las obras de Juvencio Celso son todas de casuística.

SEXTUS POMPONIUS.- *se ocupo exclusivamente en la enseñanza* y en las publicaciones legales, de las cuales pasaron 585 fragmentos a las Pandectas.

Sexto Pomponio, aún cuando sin grandes dotes a pesar de su amplísima producción, cuyas primera obras como el ***Liber Singularis Enchiridii*** y un ***comentario ad Sabinum*** en 36 libros ampliamente utilizado en el Digesto de Jusitiniano -remontan a la época de Adriano, habiendo continuado su producción hasta los reinado de Marco Aurelio y L. Vero. En sus 50 años de actividad, principalmente dedicada a la escuela y al estudio, publicó entre otras obras: un extenso ***comentario al Edicto- ad Edictum*** de casi 150 libros, ***ad Quintum Mucium*** en 33 volúmenes, las ***Variae lectiones*** con 15 libros, ***Epistularum*** en 20 libros, ***Ex Plautio*** en 7 libros, ***Fideicommissorum*** en 5 libros, ***Senatusconsultorum*** en 5 libros.

---

[113] SENATUS CONSULTUM IUVENTIANUM.- Senadoconsulto dictado bajo el emperador Adriano, año 129 d.C., durante el Consulado de **Iuventius Celsus**, distinguiendo en materia de petición de herencia entre poseedor de buena fe y de mala fe. El Senadoconsulto resolvió un proceso sometido por el emperador al Senado, sobre ***vindicatio caducorum*** en beneficio del ***aerarium populi romani***.

Pomponio fue utilizado y citado en gran escala por los juristas posteriores y en la misma compilación justinianea ocupa un lugar destacado.

L. NERATIUS PRISCUS.- Cónsul bajo TRAJANO, escribió una obra expositiva, los 15 libros de sus ***Regulae,*** considerada más como manual práctico que como obra sistemática y debió su fama a ***los Responsa*** y a ***las Membranae*** como la demuestran las referencias que hacen de ellas en la jurisprudencia posterior. De estas obras vienen insertos 64 fragmentos en las Pandectas en donde, además, está citado 128 veces.

L. JAVOLENUS PRISCUS.- En la época de Trajano se hallaba al frente de la Escuela Sabiniana. Éste jurista comentó en 15 libros ***ex Cassio***, la obra del maestro, pero resumió también los escritos de Labeón, así como aquellos de otro contemporáneo de **Casio, Plautium** (Plaucio), que parece actuó fuera de ambas escuelas. A **Javoleno** se debe una célebre obra de casuística intitulada ***Epistolae*** siguiendo el ejemplo de **Próculo**. De sus obras hay más de 200 extractos en las Pandectas.

SALVIUS JULIANUS.- *Último jefe de los Sabinianos*, que no era ni romano, ni italiano, sino *africano de origen y de nacimiento*, fue iniciado en los estudios jurídicos y en la carrera política por JAVOLENO. En el ***Consilium*** de Adriano alcanzó tal relieve que fue encargado de la redacción definitiva del ***Edictum perpetuum***. Escribió varios comentarios a algunos juristas poco conocidos como ***Minicio Natal*** y ***Urseyo Feroz***, un ***liber singularis de ambiguitatibus*** y quizá ***un comentario ad Edictum,*** su obra principal, la cual dedicó algunos años lleva el nombre de ***DIGESTA*** y constaba de 90 libros. Era un tratado completo, sistemático y casuístico a la par, escribió siguiendo el orden del edicto, de la cual fueron acogidos 376 fragmentos en las Pandectas.

Salvio Juliano fue pretor, cónsul, prefecto de la ciudad, consejero de Adriano y de Antonio Pio. *Actualmente es reputado como el más grande los jurisconsultos romanos.*

AULO GELIO o **AGELIO**.- Ignorase la fecha exacta del nacimiento; pero puede asegurarse que vino al mundo bajo el reinado de Adriano y es probable que naciese en **Roma**. Poco se sabe de su vida, después de haber frecuentado las escuelas de Roma, marchó como acostumbraban los jóvenes nobles, a perfeccionar sus estudios en **Atenas**, donde permaneció mucho tiempo, durante el cual recibió lecciones del filósofo platónico **Taurus** y del filósofo cínico **Peregrino**, manteniendo constantes relaciones con el famoso retórico **Herodes Ático**, quien frecuentemente reunía en su casa de campo de **Cafisia** a los romanos distinguidos que acudían a Atenas. A su regreso a Roma fue llamado por el Pretor para que ocupase puesto en el tribunal en que se juzgaban los asuntos

privados. En Roma, como en Atenas, ocupóse principalmente en leer, compilar y disertar.

En el prefacio de su famosa obra, **Aulo Gelio**, expresa: *Habiendo escrito este compendio en las largas noches de invierno en la campiña del Ática, le he dado por título*: ***Noches Áticas***; en la misma obra agrega: "*He escrito hasta hoy veinte libros de comentarios. En los días que plazca a los dioses concederme todavía, todo el tiempo que me dejen el cuidado de mis asuntos domésticos y la educación de mis hijos, todas las horas de que pueda disponer las dedicaré a continuar este compendio de recuerdos y comentarios. Si los dioses lo permiten, el número de estos libros crecerá con el de mis días, cualquiera que sea la duración del tiempo que me quede de vida; y no deseo que se prolongue mi vida sino mientras me encuentre en estado de dedicarme a estos trabajos*"[114].

SEXTO CECILIO AFRICANO.- Escritor agudo y elegante, discípulo de Juliano, divulgador de las enseñanzas del maestro.- por eso sus ***Quaestiones*** recogen casi exclusivamente decisiones de Juliano, a las que antepone un simple "***ait***", "***inquit***" o "***respondit***" sin indicación del sujeto. De otras obras como las ***Epistulae*** sólo tenemos noticias indirectas y bastante inseguras.

GAIUS.- Poco es lo que sabemos de la vida de Gayo. Y lo poco que sabemos es muy impreciso. *Gayo fue indudablemente, más que un jurisconsulto, un gran profesor de derecho*. De haber sido lo primero, hubiéramos conocido alguna de sus "***responsa***", como tal, no gozó del ***Ius publice respondendi***, su nombre no se menciona en la célebre *Ley de Citas*. Por el texto valiosísimo de sus ***Institutas***, sabemos que fue un autor de fama en diversas partes del Imperio. En cuanto a la época en que vivió, resulta aceptado que la vida de Gayo transcurrió a lo largo del siglo II de nuestra era. En sus obras hay distintas menciones sobre los emperadores de su tiempo como Adriano (años 117-138) y Antonino Pío (años 138-161)[115].

Siguiendo a HONORÉ, podemos aceptar que, si partimos de la base de que las ***Institutas*** es la obra de un docente que alcanzó cierta madurez, debido a la claridad del estilo, el poder de síntesis y la adecuada sistematización de que se hace gala a todo lo largo de los cuatro comentarios que forman la obra, podemos calcular que Gayo tuvo que haberla producido entre los 40 y los 50 años. Si restamos esas edades a la posible fecha promedio de la obra, que se establece para la redacción del comentario segundo, en el año 161, cuando murió Antonino Pío,

[114] AULO GELIO; ***Noches Áticas***, Librería "EL ATENEO" Editorial, Buenos Aires, 1955, pg. 11 y 14.

[115] GAYO, op. cit., pg. 15 a 18.

obtenemos las fechas topes conjeturales del año 111 como la más lejana y la del año 121 como la más cercana. Podemos, por lo tanto, establecer que el nacimiento de Gayo tuvo que haber ocurrido bajo el Gobierno de Trajano (años 98-117) o a más tardar, en los comienzos del de Adriano (años 117-138). Quizá, para más precisión, podemos aventurar entre el 110 y el 115[116].

Las ***Instituciones*** de GAYO, afortunadamente se han conservado casi íntegras. Éstas se encuentran en un ***Codex rescriptus*** (*palimpsesto*) de la **Biblioteca capitular de Verona**, donde la encontró en 1816 el historiador y diplomático **B.G.*Niebuhr*** *bajo la escritura de una obra de* **San Jerónimo**. Mediante reactivos se pudo descubrir debajo o entrelazada con la nueva, la antigua escritura; pero el uso excesivo de los medios químicos borró o hizo ilegibles en ciertos lugares, trozos y a veces páginas enteras, de suerte que con ello se perdió casi una quinta parte de la obra[117]. Inmediatamente dio cuenta del descubrimiento a **Savigny**, quien en 1817 reconoció el texto de las ***Institutas de Gayo***

Gayo, además de las preciosas **Instituciones**[118], escribió otras obras como: ***libri ex Q. Mucio, la edicti interpretatio, Edictum Provinciale*** o al ***ad Edictum Praetoris Urbani*** (32 libros), ***rerum cottidianarum*** (7 libros), tres ***libros regularum***, seis libros ***ad legem duodecim tabularum***, 15 libros ***ad legam Juliam et papiam, ad legem Gliciam, ad Senatusconsultos Orphitianum, ad Sc. Tertullianum***, los ***comentarii relativos a la bonorum possessio***, que podrían ser los del edicto; ***de Fideicommissis II***, obra en la cual el emperador es llamado ***divus Antoninus; comentario a las leyes Iulia et Papia;*** sus ***Res cottidianae***[119].

De sus obras se hallan 535 fragmentos en las Pandectas. Es el último de los jurisconsultos célebres que representa la oposición de la escuela.

La más difundida de sus obras -***Instituciones***- fue escrita para la escuela y aceptada en todas partes, especialmente en Oriente, y a Justiniano nada pareció mejor, en utilidad de los que se dedican al estudio, que reproducirla en su mayor parte, adaptándola a sus tiempos[120].

---

[116] GAYO, op. cit. pg. 18 y 19.

[117] ARANGIO-RUIZ, Vicente; *"Historia del Derecho Romano"*, 4ta ed., Editorial REUS, S.A., Madrid, 1980, p. 363.

[118] ARANGIO-RUIZ, Vicente; dice que las obras elementales destinadas a la enseñanza del derecho se denominaron *Instituciones*, también REGULAE, SENTENTIAE, MANUALIA. Op. cit. p. 331-332.

[119] GAYO, op. cit. pg. 19 y 20.

[120] FELIPE SERAFINI, *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I, op. cit. p. 47.

Valor de las Institutas.- *Las Institutas de Gayo tienen un valor eminentemente didáctico*. El propio estilo de la obra, donde a cada momento nos encontramos con giros como ***uideamus, diximus***, *etc., nos hace imaginar a un profesor de derecho dirigiéndose a sus alumnos.*

Lo primero que corresponde destacar es el método seguido por Gayo en la explicación de las diversas "*instituciones*. Según nos dice en I, 8, la totalidad del derecho está relacionado con las "*personas*", o con las "*cosas*" o con las "*acciones*". De las primeras tratará en el **comentario primero**. De las cosas, nos comenzará a hablar en el **segundo**, y aprovechando el tema de la adquisición de ellas, injertará el tema de las herencias. De aquellas que provienen de un testamento nos habla en el mismo comentario segundo. En cambio de las *ab intestato* tratará el **tercero**. Y de una manera casi natural, a partir de III, 88, nos dice: "*ahora pasaremos a las obligaciones...*". Finalmente, en el **comentario cuarto**, se ocupará de las "*acciones*".

Gayo, se dedica a describir en el primer término a las personas, de acuerdo con el *status* de cada una de ellas. Ello le permite pasar revista a los diferentes roles existentes en la vida del ***ius***: *ciudadanos, latinos, peregrinos, ingenuos, libertos, sui iuris, **filiifamiliae**, esclavos*. Del mismo modo, nos comienza describiendo las cosas (*res*). Las clasifica y luego explica los distintos modos por los cuales las podemos adquirir, incluidas las herencias y sucesiones en todas sus formas, y luego los negocios del tráfico jurídico romano. Es como presentar en el teatro jurídico, primero los personajes que interpretarán la obra, luego las cosas y a partir de allí, saliendo de los aspectos estáticos para pasar a los dinámicos, describir dichos negocios. Finalmente tratará lo relativo a las controversias judiciales, para lo cual se ocupará del procedimiento y de las *acciones*[121].

Entre los contemporáneos de POMPONIO y de GAYO, tenemos algunos juristas de menor relieve como TERENCIO CLEMENTE, JUNIO MAURICIARO y VENULEIO SATURNINO, todos autores de obras monográficas bastante cuidadas que fueron consultadas y citadas reiteradamente por juristas posteriores y utilizadas también en las Pandectas Justinianeas.

ULPIUS MARCELLUS.- Consejero de Antonio Pío y de Marco Aurelio. La obra más importante de ULPIO MARCELO, se intituló también ***Digesta*** y *se inspira en la homónima de Juliano*, tanto por su exposición sistemática como por hermanar la formulación de los principios jurídicos con la abundante casuística obtenida en la dilatada experiencia personal del autor. Además, esta obra, los compiladores justianeus manejaron de este jurista un ***liber singularis responso-***

---

[121] GAYO, op. cit. pg. 33 a 35.

rum, un ***comentario a las leyes Julia y Papia Poppea*** y muchos fragmentos de Juliano y de Ponponio llevan el nombre de Marcelo. De los ***Digesta*** han pasado 159 fragmentos al Digesto.

CONTEMPORANEOS DE MARCELO.- Entre sus contemporáneos hemos de citar a: VOLUSIO MECIANO, autor de dos grandes obras monográficas, una sobre los ***fideicomisos*** en 16 libros y la otra de ***iudicis publicis;*** a TARRUNTENO PATERNO que escribió 4 libros de ***Re Militari;*** a PAPIRIO JUSTO que reunió en 20 libros las constituciones imperiales y a FLORENTINO, autor de un conocidísimo manual de ***Instituciones*** en 12 libros.

Q. SERVIDIUS SCAEVOLA.- *Fue maestro de* **Septimio Severo**, de **Papiniano** y de **Paulo**; príncipe indiscutido de la jurisprudencia durante los años 165 al 190[122]. Jurista preciso y de una concisión casi lacónica en sus opiniones, dejo seis libros de ***Responsa***, 20 de ***Quaestiones,*** y 40 de ***Digesta***. De cuyas obras existen 307 extractos en las Pandectas.

AELIUS MARCIANUS.- Autor de 16 libros de ***Instituciones*** y de otras obras de menor importancia, todas las cuales parecen que estuvieran destinadas a un público provincial, con el propósito de enseñar el Derecho Romano a los nuevos ciudadanos en las provincias creadas por la Constitución de Caracalla o como obras de consulta. ***Las Instituciones de Emilio Marciano***, sirvieron con la de **Florentinus** a los compiladores de las Instituciones de Justiniano para lo que faltaba en la obras de Gayo. Sus obras fueron escritas en tiempo de Caracalla.

EMILIUS PAPINIANUS.- Vivió entre los siglos II y III. De su origen no se sabe nada seguro. Se cree que fue de **Siria**, aunque también se le cree africano, discípulo de **Q. Cervidio Scevola**, gozó de una fama y consideración elevadísima, **Emilio Papiniano**, a quien se le consideró siempre como el ***Príncipe de la Jurisprudencia Romana*** *y casi como el jurista por antonomasia*. Inició el ***cursus honorum*** bajo **Marco Aurelio**, ***magister libellorum*** bajo **Septimio Severo**; desde el 203 Prefecto Pretorio, *fue muerto bajo Caralla en el año 212.*

Entre sus cualidades de jurista destaca su extraordinaria independencia de criterio, por su singular profundidad de pensamiento, fue quizá el mejor de los jurisconsultos prácticos. **Sus obras más importantes fueron**: los 37 libros de sus ***Quaestiones*** (que respondían mejor al tipo que se denominaba ***Digesta***) y los 19 de los ***Responsa***, también escribió obras de ***Adulteriis***, 2 libros de ***Definitiones***.

[122] Los juristas posteriores acostumbraron a citarle con el sobrenombre exclusivamente: *Scaevola*. Los antiguos prudentes republicanos del mismo sobrenombre exclusivamente fueron en cambio citados siempre con el mismo nomen y el prenomen: P. Mucius; Q. Mucius.- VICENTE ARANGIO-RUIZ, op. cit. p. 351.

De sus obras existen 595 fragmentos en las Pandectas, donde además es citado 153 veces.

OTROS JURISTAS CONTEMPORANEOS DE PAPINIANO.- Dentro de estos juristas de menor importancia merece recordar a CALISTRATO, *escritor griego* que se distinguió por tratar temas poco cultivados por sus compañeros, como la ***Cognitio Extra Ordinem*** y el **Derecho Fiscal** – ***de Iure Fisci et Populi-***, también publicó un comentario al Edicto titulado ***ad Edictum Monitorium;*** ARRIO MENANDRO, autor de varios libros de ***Re Militari;*** TERTULIANO, escribió una ***monografía sobre el peculio castrense*** y una colección de ***Quaestiones;*** TRIFONINO, autor de ***un comentario a Scevola*** y una obra de ***Disputationes.***

DOMITIUS ULPIANUS.- Nació en Tiro, Fenicia, vivió a finales del siglo II y principios del III. Frecuentaba al salón literario de la emperatriz **Julia Domna**, de Siria. Fue desterrado por **Heliogábalo** y repatriado por **Alejandro** Severo. Tuvo varios cargos: asesor de **Papiniano** en 204, ***praefectus praetorius, magister libellorum, miembro del consilium imperiale*** y ***prefectus anninae*** después del 222. Murió asesinado en 228 por una conjuración de la guardia pretoriana.

Escribió casi todas sus obras durante el breve reinado de **Caracalla** (211-217). No poseyó la originalidad y amplitud intelectual de **Papiniano** pero laboró con tesón, *es la exposición proba y minuciosa de todas las ramas del Derecho Romano*, siendo el que más contribuyó a la doctrina contenida en las Pandectas, la tercera parte de la cual fue tomada de sus escritos.

Sus principales obras son: ***Ad Sabinum*** en 51 libros, ***Ad Edictum*** en 81 libros, 10 *libros* ***Disputationum***, 6 *libros* ***Opinionum***, 7 *libros* ***Regularum***, 10 libros ***Pandectarum***, 6 *libros* ***Fideicommissorum, Notae ad Marcellum, ad Papinianum***, y 20 *libros* ***ad Legem Juliam et Papiam***. *El estilo es fácil y fluido*. Su reputación de jurisconsulto fue inmensa, de sus obras pasaron 2462 fragmentos a las Pandectas de Justiniano.

JULIUS PAULUS.- Consejero de Septimio Severo, asesor de Papiniano, *Prefecto del Pretorio*, bajo **Alejandro Severo**, *fue el más fecundo de los jurisconsultos clásico romanos, abarcó todas las ramas del Derecho Romano*, el mejor premio de jurista es que sus obras fueron utilizadas con mayor amplitud en la compilación del Digesto pasando 2080 fragmentos.

La labor de Paulo es verdaderamente inmensa, de él conocemos por breves extractos contenidos en el Digesto o por simples citas, 317 libros, siendo, los principales: 16 libros ***ad Savinum***, 78 ***ad Edictum***, 18 libros ***ad Plautium***, 4 libros ***ad neratium***, 10 libros ***ad Legem Juliam et Papiam***, 26 libros ***Quaestionum***, 23 ***Responsorum*** y ***Libri Quinque Sententiarum.***

Las Sentencias de Paulo, en 5 libros fueron reproducidas, en parte, en la ***Lex Romana Wisigothorum***; otros fragmentos se hallan diseminados en glosas marginales puestas a ciertos manuscritos de esa misma ley romano-bárbara; en la ***Collatio***, en los ***Fragmenta Vaticana***, en el ***Digesto***, etc[123].

HERENNIUS MODESTINUS.- De su vida se conoce poco. Como fue el único jurista clásico que escribió en griego, se considera que proviene de alguna provincia oriental, vivió durante los siglos II y III, posiblemente fue discípulo de Ulpiano y ***Prefectus Vigilum*** en **Roma** entre en el año 244, no se sabe que haya tenido otro cargo.

Fue el último en orden de mérito y cronológico de los grandes jurisconsultos romanos de la Escuela de Ulpiano. **Erennio Modestino,** escribió en latín y griego muchas obras destinadas a la práctica judicial o a la enseñanza, son regularmente de carácter elemental, entre ellas se señalan: los 12 libros de ***Pandectae***, los 10 ***Regulae***, los 9 de ***Differentiae*** y los 6 (en griego) sobre las excusas de tutela, goza de escasa fama los 19 libros de ***Respuestas***. De sus obras tuvieron acogida en las Pandectas de Justiniano 344 fragmentos.

ARCADIO CARISIO Y HERMOGENIANO.- Dos juristas posteriores, que nos recuerdan algunos fragmentos del Digesto de Justiniano, se ignora la época en que vivieron. HERMOGENIANO, autor de un ***Epitome Iuris,*** enunciaba identificarse con el compilador que dio su nombre al ***Código Hermogeniano***, en cuyo caso habría de situarse en el reinado de Diocleciano.

6.1.5. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO CLÁSICO

Al período del Principado, corresponde la época del *Derecho Clásico*, en esta etapa la ciencia del derecho alcanza su mayor grado de evolución o su máximo florecimiento. Roma había logrado su mayor expansión territorial y disponía de largos períodos de tranquilidad y bienestar, propicios para el desarrollo cultural en todas sus manifestaciones.

Según el romanista José María Sainz Gómez,[124] las características jurídicas más importantes del Derecho Clásico son las siguientes:

1. *La discusión polémica* propicia el desenvolvimiento de la ciencia del derecho.
2. Encontramos *unidad de criterio, unidad de espíritu* entre los juristas de los primeros siglos.

---

[123] VICENTE ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, op. cit. p. 361.
[124] SAINZ GÓMEZ, José María; op. cit. pg. 64.

3. *Con la influencia del helenismo el derecho deja de ser oral para convertirse en escrito.*
4. Al entrar en *contacto con otros pueblos* sus derechos se mezclan con instituciones exclusivamente de los romanos por lo que se transforma en un derecho de tipo internacional.
5. Es un *derecho fundamentalmente casuista,* esto es que la solución de los problemas se daba a través de casos concretos resueltos.
6. Existe gran *flexibilidad, sencillez y naturalidad* en su aplicación.
7. Se desarrolla una *actividad creadora* en la ciencia del derecho.
8. *El dominio del derecho aunado a la técnica* para su aplicación permiten su desarrollo y progreso.
9. *El depurado latín permite un elegante y sofisticado lenguaje jurídico.*

6.2. EL IMPERIO ABSOLUTO O DOMINATO

El Imperio conocido con el nombre de **Imperio Absoluto** abarca desde el inicio del reinado de DIOCLECIANO en el año 284 hasta la caída de Roma en 476 en lo que respecta al ***Imperio Romano de Occidente,*** y hasta 1453, fecha en que cae la ciudad de Constantinopla en manos de los trucos con lo que termina el ***Imperio Romano de Oriente,*** llamado también *Imperio Griego* o *Bizantino* que sobrevivió por espacio de 10 siglos a la catástrofe del 476.

6.2.1. PANORAMA DE LA ÉPOCA. DESDE DIOCLECIANO A CONSTANTINO

Roma atravesaba una aguda crisis económica, social y política, bandas de forajidos asolaban el territorio, devastando sus campos y ciudades.

Guerras civiles destruyen el Imperio, los soldados exigen mayores remuneraciones y si no se atienden sus demandas sustituyen a los emperadores. Se vive una época sombría para Roma.

De la muerte de Alejandro Severo en año 235 al inicio del gobierno de DIOCLECIANO en el 284, Roma vive una época de anarquía total. Los últimos emperadores ilirios, CARO, CARINO y NUMERARIO, perecieron asesinados y el Imperio pasó a manos de un pretoriano nacido en Dalmacia, de humilde cuna, MARCO VALERIO AURELIO-DIOCLACIANO.

DIOCLACIANO.- Siguió la carrera de las armas, elevándose por su valor y méritos militares a general. *Fue proclamado emperador en Calcedonia* (29 de agosto de 284) por las legiones, logrando someter al ejército al poder imperial, reformando administrativa y constitucionalmente el territorio. Gobernó el imperio

durante 20 años con firmeza, eliminó las causas de anarquía que afectaron la vida de Roma durante casi una centuria.

Hizo del Imperio una monarquía absoluta y descentralizada al estilo de las que existieron en los estados orientales. Esta época del Imperio Romano se conoce con el nombre de **Bajo Imperio**, adoptó signos monárquicos de los Estados Orientales así: *ciñó la diadema y obligó a sus súbditos a prosternarse en su presencia.*

Con su talento y virtudes políticas, para remediar la rarefacción monetaria producida por los excesivos gastos suntuarios y la disminución de la producción minera, comenzó a efectuar pagos en especie y a establecer servicios personales. Revalorizó la moneda -alterada por sus antecesores- y creó registros de cosechas para metodizar la recaudación de los impuestos.

Bajo su gobierno los jurisconsultos eminentes, **GREGORIO** *y* **HERMÓGENES**, publicaron las colecciones de constituciones imperiales conocidas con los nombres de ***Código Gregoriano*** y ***Código Hermogeniano***.

La monarquía absoluta terminó con los privilegios que tenía el Senado Romano, que fue reducido a la categoría de un simple cuerpo administrador de la ciudad de Roma.

Roma *perdió su jerarquía de capital única*, porque **Diocleciano** *estableció su residencia en la ciudad asiática de* **Nicomedia**, cerca de las riberas delo **Bósforo**.

Persuadido de la gran extensión del Imperio, para mejor administración, comparte sus funciones gubernamentales entregando el año 286 a su compañero de armas **MAXIMIANO** el gobierno de la *Región Occidental* con su capital ***Milán***, reservándose *la parte Oriental* con su capital ***Nicomedia***. Los dos emperadores tenían los mismos poderes y llevaban el ***título común de Augusto***, pero para subrayar su primacía DIOCLECIANO se tituló ***"Hijo de Júpiter"***, y MAXIMIANO ***"Hijo de Hércules"***, después los dos Augustos designaron cada uno ***un lugarteniente*** o ***Vice-Emperador*** que recibió ***el título de César*** con el cual compartieron el gobierno -***Sistema llamado TETRARQUÍA*** *-gobierno de cuatro*. GALERIO CÉSAR *en el Oriente* y CONSTANCIO CLORO *en el Occidente*. Asimismo Diocleciano, acabó con la distinción de las provincias establecidas en el Principado y las hizo depender todas del Emperador; dividiendo el Imperio en cuatro Prefecturas administradas por un Prefecto, y éstas a su vez las dividió en Diócesis y éstas en Provincias.

También sobresale por la persecución de los cristianos al considerarlos subversivos en virtud de sus preceptos basados en la caridad, igualdad, la virtud y el amor al prójimo, actitudes éstas contrarias al régimen. **Decidió por ello, extirpar la Iglesia Cristiana.** Ordenó demoler los templos, destruir los libros sagrados,

confiscar la propiedad de los cristianos y perseguir a muerte a todos los que se negaren a abjurar de su religión[125].

En el año 305 **Diocleciano** y **Maximiano** *abdican a favor de sus Césares* y en virtud de la infuncionalidad de las reformas de Diocleciano se produce como resultado una guerra civil de aproximadamente 10 años en donde obtiene la victoria **Constantino.**

CAYO FLAVIO VALERIO CONSTANTINO.- Llamado *El Grande*, nació en **Naissus** (Masia Alta) el 27 de febrero del 274; *era hijo de* **Constancio Cloro** y de su esposa **Elena**, mujer de humilde origen y cristiana de religión. *En el año 312 Constantino venció en la batalla de Puente Milvio en el Tiber, a su rival* MAJENCIO *hijo de Maximiano* y se afirmó en el trono imperial, *se repartió el Imperio con* LICINIO, que se reservó las provincias de Oriente, después de 10 años por desavenencias surgidas, se inició una guerra entre ellos siendo vencido **Licinio** y posteriormente ajusticiado, quedando **Constantino** dueño absoluto del Imperio (324).

Constantino *continuó la obra de* **Diocleciano**, complementó las reformas administrativas esbozadas por su antecesor. En materia religiosa, lejos de perseguir con saña a los cristianos como lo hizo Diocleciano, proclamó oficialmente por el ***Edicto de Milán*** (313) *la tolerancia para la religión cristiana, derecho de practicar la religión que mejor convenga a los cristianos.* Los cristianos tendrían los mismos derechos y privilegios que gozaban los paganos y se les devolvía sus bienes confiscados durante las persecuciones. Eximió de impuestos a los sacerdotes cristianos, ayudó a la construcción de numerosas iglesias. *Reconoce oficialmente el domingo al día del Señor como día de descanso obligatorio generalizado así para todo el Imperio, la práctica de honrar a Dios con un día de descanso*; este descanso benefició especialmente a los esclavos que trabajaban hasta entonces todos los días de la semana.

Pese a la continua protección del cristianismo, CONSTANTINO siguió siendo pagano y mantuvo el título de **Pontífice Máximo** que le confería la dirección suprema de todos los antiguos cultos tradicionales del Imperio, sólo en sus últimos momentos pareció haberse convertido al Cristianismo haciéndose bautizar.

Constantino decidió instalar su capital fuera de Roma en el sector Oriental del Imperio, ***eligiendo como asiento la vieja ciudad de*** **BIZANCIO** fundada en el año 658 a.C. por colonizadores griegos en las costas europeas del Bósforo Tracio y que con su situación geográfica había llegado a ser un gran centro comercial. A esta ciudad, convenientemente ampliada y exornada, **trasladó Constanti-**

[125] SECCO ELLAURI-BARIDON; Historia Universal -ROMA, pg. 207.

no la capital del Imperio, imponiéndole el nuevo nombre de **CONSTANTINÓPOLIS (Constantinopla)** o sea ***ciudad de Constantino***[126], en el año 330. *En el ángulo del Este y denominado el Bósforo fue construido el palacio imperial*; cerca de él el foro, y junto a éste el palacio del Senado y la primitiva basílica de Santa Sofía. En la ciudad se estableció un gran número de familias de clase senatorial. Cada emperador de Constantinopla dejó huellas de su reinado en construcciones grandiosas; a **Arcadio** y **Eudosio** se debió el Palacio de las Termas; **Teodosio II** un foro y dos palacios para las hermanas de Pulquería, **Marciano** hizo construir los acueductos y **León I** varias iglesias. **Justino I** restauró algunos edificios de la ciudad y **Justiniano** se interesó por la reedificación y cuidado de la *Basílica de Santa Sofía*, que fue destruida por un incendio; además hizo levantar 26 templos en los distintos barrios de la ciudad[127].

Una inmensa muralla que encerraba también siete colinas rodeó la nueva capital y sus instalaciones fueron una réplica de las instituciones romanas.

Constantino consagró la organización del Imperio bajo la forma monárquica. La disciplina romana fue reemplazada por el *servilismo asiático*. El ***Consilium Principis*** se convirtió en ***Sacrum Consistorium*** y se compuso de altos dignatarios investidos de los principales cargos palaciegos. Hubo en él encargados de la cámara imperial -***Procpositus***-, ministros de los asuntos internos -***Maggister Officiorum***-, de finanzas -***Comes Sacratum Rey Largitionum***, de justicia -***Cuaestores Sacrarum***-, ministros de guerra -***Magister Militae***-. Las oficinas administrativas bajo el nombre Cancillería Imperial, reunieron una enorme cantidad de funcionarios que se consideraban como los ojos y oídos delo soberano. *Las funciones militares se separaron de las civiles*; las divisiones administrativas de Diocleciano fueron conservadas, salvo la introducción de algunas modificaciones territoriales. Las ciudades tuvieron un ***defensor Civitatis***, magistrado municipal supeditado a la jerarquía imperial.

En sus últimos años **Constantino** tuvo que luchar contra los *sármatas* y los *godos*. Se preparaba a marchar contra **Sapor**, rey de los persas cuando *murió en Nicomedia* en el año 337, después de nombrar Césares a sus tres hijos: CONSTANTINO, CONSTANCIO y CONSTANTE, que ostentaron el título de ***Porfirogenetes*** o *nacidos de la púrpura*.

A la muerte de Constantino sus tres hijos se repartieron el Imperio, lucharon entre sí muriendo dos de ellos en la guerra, el sobreviviente CONSTANCIO (337-

---

[126] VERA TORNELL, Ricardo; *Historia Universal de la Civilización*, Tomo I, Edades Antigua y Media, Editorial, Ramón Sopena, S. A., Barcelona, 1981, pg. 422.

[127] IGNACIO MORALES, José; op. cit. Pg. 83.

361) quedó como único heredero del Imperio, *favoreció el arrianismo* provocando serios disturbios entre los cristianos y perjudicó al paganismo gravándolo con impuestos.

A la muerte de Constancio le sucedió su primo JULIANO, este emperador durante su reinado *favoreció al arrianismo y persiguió a los católicos*. Por ese entonces, se habían comenzado a conferir al soberano títulos de *Eterno* y de *Majestad*, este último reservado hasta entonces al ***populus romano***.

Erigido en doctrina el politeísmo, se opuso al pensamiento cristiano con el nombre de ***helenismo***. Sus dogmas se inspiraban en las enseñanzas del *neoplatonismo*, que a la sazón florecía en Alejandría y en el culto greco persa de **Apolo Mitra**. Las herejías que dividían al Cristianismo favorecían la tentativa de Juliano. Así, los colegios sacerdotales paganos fueron reorganizados y jerarquizados. Asesorado por los filósofos griegos, **Juliano** *escribió sátiras contra los cristianos, les prohibió enseñar su doctrina y confiscó los bienes de la Iglesia*. El emperador murió en una guerra contra los persas, después de haber tomado su capital, **Ctesifonte**, en 363. Su muerte trágica pareció ser un castigo divino y el justificado rencor de los cristianos, que le apodaron ***El Apóstata***.

TEODOSIO EL GRANDE.- Originario de **España**, nació en *Cauca* (la actual Coca en Segovia) en el año 346; alcanzó el trono en medio de una terrible crisis, provocada por la invasión de las tribus visigodas que penetraron en los Balcanes pacíficamente y luego se sublevaron, Teodosio les obligó a someterse.

Convirtió al Cristianismo en religión oficial única y exclusiva del Imperio, y excluyó el paganismo y sometió a ataques sistemáticos, sus templos fueron derribados, sus estatuas de dioses destruidas, sus ceremonias rituales prohibidas, condenándose con la confiscación de bienes y con la pena de muerte a todos los que no acataban las resoluciones imperiales.

Al morir en el año 395, TEODOSIO ***dividió el Imperio entre sus dos hijos***: ARCADIO *gobernó el Oriente bajo la tutela del galo* RUFINO como Prefecto Pretorio, y HONORIO *dirigió el Occidente bajo la tutela del vándalo* ESTILICÓN como ***Magister Militae***. **El Imperio del Occidente comprendía, los territorios de Italia, España, la Galia y Bretaña.**

En el día 24 de agosto del año 410 entraron en Roma, por la puerta Salaria, las tropas de **Alarico**, saqueándola a hierro y fuego. Aquel acontecimiento hizo temblar a los espíritus más fuertes del paganismo y de la cristiandad, con una depresión moral que no respetó a los altos ni a los bajos.

No menos sensible a la desgracia común de Occidente, **Agustín de Hipona** seguía con espanto las noticias que llegaban a Roma: "*Horribles noticias nos han*

llegado de mortandades, incendios, saqueos, asesinatos y otras muchas enormidades, cometidas en aquella ciudad. No podemos negarlo: infaustas nuevas hemos oído, gimiendo de angustia y pena, y llorando frecuentemente sin podernos aliviar. No cierro los ojos a los hechos: el correo nos ha traído muchas cosas y reconozco que se han cometido innumerables barbaridades en Roma".

Así hablaba el **Obispo de Hipona** en su Basílica de la Paz a los feligreses, llenos de pavor, en un sermón que lleva por título *Sermón sobre la caída de Roma*, pronunciado a raíz de los sucesos. Por él conocemos el estado de ánimo del santo y de los cristianos que compartieron con él la común desgracia.

No hay duda ninguna: San Agustín lloró amargamente y frecuentemente con motivo del sacomano de la capital del Imperio y las graves consecuencias originadas en la cristiandad. Las ruinas acumuladas por la invasión no eran solo materiales y culturales con las destrucción de tantas obras de arte –teatros, palacios, jardines, templos, monumentos de toda clase-, sino, sobre todo, espirituales, y eran las que más herían al sensible Obispo de Hipona.

La cristiandad de África se sintió profundamente conmovida, porque la romanidad era entonces un título de libertad, nobleza y señorío; y en un momento todo se quedó en el aire o se vino abajo, aun para muchos cristianos, para quienes el Imperio y el orden romano y la eternidad de su capital –la *Ciudad Eterna*- eran los guardianes de la civilización mundial de entonces.

El tremendo maretazo azotó las costas africanas porque, ante la presencia y violencia bárbara, se originó el natural fenómeno de la dispersión y emigración masiva de los hombres. Oleadas de gentes, llevándose lo que podían, salieron del peligro de muerte, huyendo y refugiándose cada uno donde puso: Unos se dirigían hacia el sur de Italia, otros atravesaban el mar y se establecieron en Sicilia o Cerdeña, y muchos buscaron las ciudades africanas[128].

Es cierto que **Alarico** y sus soldados no permanecieron más que tres días en la Ciudad Eterna, después de haberla saqueado a ciencia y conciencia; es cierto que se instituyó una fiesta conmemorativa para celebrar el aniversario de su liberación. Con todo la caída de la capital tuvo una resonancia inmensa y durable por todo el Imperio. Pueden resultarnos hoy a nosotros un tanto difícil de comprender: contemplada de lejos, la entrada de los bárbaros en la Cuidad Eterna, quizá no nos parezca más que un incidente banal. La administración del Imperio, y el emperador honorario mismo, hacía varios años que ya no residían allí. Retirados a Ravena, fortalecidos detrás de una fuerte cintura de lagunas, se hallaban a buen

[128] SAN AGUSTÍN; ***La Ciudad de Dios***, Tomo I; Quinta edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2004, pg. 7 y 8.

recaudo desde el 404, y dispuestos a proseguir, sin sentirse inquietados seriamente, aquellas bajas intrigas que constituían lo esencial de sus preocupaciones cotidianas. Por lo demás, al cabo de pocos años, los mismos contemporáneos se dieron cuenta de que nada había cambiado en sus costumbres, de que el Imperio sobrevivía a todas las catástrofes y de que no había lugar para inquietarse por u n desastre tan rápidamente reparado[129].

De la isla **Scancia** según unos, de **Scitia** según pretenden no pocos, impelidos por el hambre, por lo duro del clima, por el dedo de la Providencia, que quiso regenerar el caduco Imperio romano, salen enjambres de Bárbaros.

Llevan en carros a sus familias; por bienes, armas; por ***Dios a Marte***; por religión, sacrificios humanos; por divisa, un león enhiesto; su solo pensamiento marchar adelante; su porvenir, la espada. Caen sobre Roma que, cebando la codicio de aquellos invasores, redúcelos a mercenarios del imperio: la ciudad del terror del mundo rescata con oro la impotencia de sus legiones[130].

Aproximadamente en el año 450 d.C. y después de algunos años relativamente tranquilos ***los germanos fueron acosados por los hunos***[131]que habían arrasado a los ostrogodos y después a los visigodos, los germanos al no poder hacerles frente empezaron a irrumpir el territorio imperial, y fueron incorporándose paulatinamente a las legiones, al grado de adueñarse de ellas, acaparando las tierras y saqueando las ciudades imperiales; **Hispania** y el **Sur de Francia** *es ocupada por los visigodos; los francos y los borgoñeses se apoderan de* **las Galias**, *así como los sajones de* **Britania**, *los vándalos de* **África** y *los ostrogodos de* **Italia**; el caudillo germano ODOACRO, *sustituye al último emperador de Occidente* RÓMULO AUGÚSTULO, **considerándose el año 476, como el año en que se da la caída del Imperio Romano de Occidente.** ***La caída de este Imperio dio fin a la llamada Edad Antigua y el inicio de la Edad Media.***

El Imperio Romano de Oriente tendrá todavía una larga existencia en la que gozará momentos de triunfo hasta su caída, cuando **la ciudad de Constantinopla**

---

[129] **SAN AGUSTÍN**; ***La Ciudad de Dios***, Decimonovena edición, Editorial PORRÚA, México, 2008, pg. X.

[130] D. LEÓN GALINDO Y DE VERA; *Progreso y Vicisitudes del Idioma Castellano*, Imprenta Nacional, MADRID, 1863, PG. PG. 8.

[131] **LOS HUNOS**.- Oriundos de **Mongolia**, de raza amarilla. Eran buenos jinetes e invadían pueblos y ciudades en busca de botín, procediendo con excesiva ferocidad y violencia. Penetraron en el Imperio Romano capitaneados por **ATILA** llamado el "***azote de Dios***" *decía que donde pisaba su caballo no volvía a crecer la yerba.* Este jefe **bárbaro fue derrotado por los romanos en la batalla de los Campos Cataláunicos cerca de parís** (451).

es tomada por los turcos el 29 de mayo de 1453 diezmando a la población que rezaba en la plaza esperando la llegada de un ángel que hiciera huir al enemigo. Desde aquel día la catedral de Santa Sofía se convirtió en mezquita y al perderse la capital se desmoronó en buena parte la intrincada red de rutas comerciales que hacían de ella el mayor centro comercial de oriente. **Desde Teodosio (395) hasta la conquista turca (1453) reinaron en Bizancio 107 emperadores.** Los turcos otomanos se adueñaron de la capital en medio de sangrientos combates, CONSTANTINO IX, el último Emperador de Bizancio, murió heroicamente en la guerra. *Los otomanos triunfadores cambiaron el nombre de* **Constantinopla** *por* **Istambul** y establecieron allí la capital de su Imperio.

6.2.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO EN EL IMPERIO ABSOLUTO

El período del Imperio Absoluto corresponde, en cuanto a la historia del derecho se refiere, a la fase del ***Derecho Postclásico***, *tiene las siguientes características*:

1. Durante esta época el derecho entra en franca decadencia.
2. Las figuras elaboradas de los clásicos decaen notablemente, es el derecho llamado vulgar por su falta de calidad jurídica.
3. Existe un desconcierto en la interpretación de las citas de los clásicos.
4. El lenguaje clásico decae, vulgarizándose el latín de la época.
5. Carencia total de producción jurídica.
6. El Cristianismo y el Socialismo de Estado influyeron en el abandono del estudio del derecho, al dedicar los esfuerzos de los estudiosos al campo filosófico y teológico.
7. La anarquía política se refleja en un desorden jurídico.

Este derecho perdura hasta la época de Justiniano en el Oriente y en el Occidente hasta entrada la Edad Media.

6.2.3. COMPILACIONES ANTERIORES A JUSTINIANO

En la época de DIOCLECIANO se publica el ***Codex Gregorianus*** obra del jurisconsulto GREGORIO y el ***Codex Hermogenianus***, obra de HERMÓGENES, *ambos de carácter privado*, y que pese a no haber llagado hasta nosotros son conocidos porque fueron posteriormente recogidos por Teodosio II y por Justiniano.

CODEX GREGORIANUS.- Poco se sabe de este Código, porque no ha llegado hasta nosotros sino a través de una compilación de los bárbaros: la ***"Lex Romana Wisigothorum"***, y de otras obras jurídicas de la época, como los ***"Fragmenta Vaticana"***, la ***"Collatio Legum Mosaicorum et Romanorum"*** y la ***"Consultatio veteris iurisconsulti"***, que recogen algunas de las constituciones en él contenidas.

Se ha podido establecer, a través de ellas, que el Código Gregoriano debía estar dividido por lo menos en 15 libros, siguiendo para la exposición de materias el mismo sistema de aquellas obras de la jurisprudencia que se denominaron ***Digesta***. Dentro de cada libro, las constituciones estuvieron distribuidas, según su contenido, en títulos, algunas de cuyas rúbricas se han conservado. Las constituciones estaban ordenadas cronológicamente en cada título. Se *sabe también que su autor es un tal* GREGORIO o GREGORIANO que, sin embargo no ha podido ser identificado como jurista, y que contenía constituciones imperiales, sobre todo rescriptos dictados entre los años 196 y 291, es decir, desde los Severos hasta Diocleciano. Había sido redactado entre 291 y 292[132].

Esta codificación estaba destinada exclusivamente al **Derecho Privado**, esta colección comprendía exclusivamente ***rescriptos***. El más antiguo de los reproducidos en esta Código es de **Septimio Severo** y del año 196; pero la comparación con el Código de Justiniano hace pensar que esta colección debía de remontarse hasta Adriano, siendo los últimos coetáneos a la confección de la misma[133].

CODEX HERMOGENIANUS.- Poco tiempo después el ***Código Gragoriano fue completado por el Hermogeniano***. También conocido a través de la "***Lex Romana Wisigothorum***", de la "***Lex Romana Burgunbdiorum***", y otras obras jurídicas de la época, se dice que *su autor fue* HERMÓGENES o HERMOGENIANO, que tampoco ha sido identificado, y que se ignora si es el mismo Hermogeniano de las postrimerías del período clásico, autor del "***Epitome iuris***". *Este Código recoge en un solo libro todos los rescriptos dados por Diocleciano en los años 293 y 294*, ordenándolo bajo las mismas rúbricas del Gregoriano, y habría sido publicado, según ROTONDI, en el año 295, y según otros a comienzos del siglo IV de nuestra era. Lo cierto es que en él figura el texto de constituciones imperiales de los años 313 y 314 (Constantino), y también de los años 364 y 365 (Valentiniano I), lo que haría suponer que fue redactado hacia esa época; pero algunos afirman, con fundamento, que se trataría de agregados posteriores[134].

LEY DE CITAS.- El "*derecho de juristas*" (***ius***) contenido en la literatura jurídica clásica, con su casuística infinitamente rica y complicada, y la legislación imperial (las ***leges***), en creciente auge y casi siempre con no menos casuística, constituían teóricamente el fundamento del ordenamiento jurídico de la época posclásica[135].

---

[132] VOGEL, Carlos Alfredo, op. cit. pg. 257.

[133] ARANGIO-RUIZ, Vicente; *Historia del Derecho Romano*, pg. 429.

[134] VOGEL, Carlos Alfredo, op. cit. pg. 257 y 258; Arangio-Ruiz Vicente, op. cit. pg. 430.

[135] KUNKEL, Wolfgang; op. cit. pg. 162.

Un grupo de leyes de los siglos IV y V, que se suelen englobar bajo el nombre de ***Leyes de Citas***. Contienen prescripciones sobre los escritos de los juristas que pueden aducirse ante los tribunales y sobre el modo de valorar sus testimonios en su mutua interdependencia. Las más antiguas de estas leyes deciden sobre cuestiones concretas, controvertidas al parecer en la práctica.

La primera del año 321 d.C. (C. Th. 1, 4, 1,), derogó las notas críticas a las respuestas y cuestiones de Papiniano, trasmitidas bajo los nombres de Paulo y de Ulpiano; en adelante sólo *se podía alegar ante los tribunales la opinión propia de* **Papiniano**.

La segunda, promulgada igualmente por Constantino en los años sucesivos (C. Th. 1, 4, 2,), confirmó la autoridad de todos los escritos de **Paulo** y, especialmente, de ***las sententiae*** que circulaban bajo el nombre de Paulo no procedían, en realidad, de él, sino de un autor postclásico.

Alrededor de un siglo después, se promulgó la más amplia de las Leyes de Citas, una constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año 426 d.C., que delimita el círculo de los juristas que podían ser aducidos en juicio como autoridades del ***ius***, introduciendo, al propio tiempo una especie de orden de votación para ellos: todos los escritos de los clásicos tardíos más destacados, **Papiniano, Paulo, Ulpiano** y **Modestino**, además de los de **Gayo**. Además, los escritos de los juristas más antiguos citados por estos cinco, pero sólo cuando se demostrara, por cotejo entre diversos manuscritos, que sus opiniones eran dignas de fe. Si resultaba que las autoridades admitidas eran de distinta opinión en la controversia jurídica, entonces debía decidir la mayoría de ellas y, en caso de empate de votos, el de Papiniano. Al final de la constitución se vuelve a confirmar la vigencia de las ***Sentencias de Paulo***, por ser manejables y fácilmente comprensibles[136].

CODEX THEODOSIANUS.- *Esta obra representa la continuación de los códigos privados*; el ***Cox Gregorianus*** y ***Codex Hermogenianus***, **Teodosio II** ordenó una compilación de carácter oficial. Su primera intención fue reunir por orden cronológico las constituciones existentes desde la época de Constantino y con ésta y las dos anteriores compilaciones y los escritos de los juristas hacer un segundo Código de Derecho prácticamente vigente. Pero este plan fracasó y se nombró (en 435) una segunda comisión, compuesta por 16 funcionarios púbicos con el encargo de reunir en un Código las constituciones, ordenadas por materias en títulos y dentro de éstos cronológicamente, y con poderes para troncar las constituciones en caso necesario, recogiendo sólo las normas jurídicas, independientemente de las referentes a casos concretos, e introduciendo las necesa-

[136] KUNKEL, Wolfgang; op. cit. pg. 163 y 164.

rias alteraciones y adiciones. Resultado de esta labor fue la compilación que lleva oficialmente el nombre de ***Codex Theodosianus****, dividido en 16 libros* y éstos se dividen en títulos, y dentro de ellos las constituciones imperiales se consignan por orden cronológico[137]. **El Código habría sido publicado por iniciativa del emperador de Oriente, Valentiniano III**, que lo envío al Senado a fin de que éste lo hiciera conocer en la parte Occidental del Imperio y publicado el 15 de febrero del 438 con fuerza de obligar para el Oriente desde el 1° de enero del 439[138].

El Código Teodosiano se diferencia del Gregoriano por predominar en él, de conformidad con la nueva teoría de las fuentes del Derecho, las constituciones imperiales, especialmente los edictos, y por la mayor importancia dada al derecho público sobre el privado. Teodosio no pretendía que su Código fuese la suma de todo el derecho vigente; al contrario reconocía plena validez, no sólo a las constituciones recogidas en el Gregoriano y en el Hermogeniano, sino también aquella parte del derecho antiguo conservado en las obras de la jurisprudencia que no estuviese en oposición con las constituciones[139].

El Código Teodosiano se caracterizó porque además de contener todo el *derecho privado*, como las otras compilaciones, contiene también disposiciones de *derecho público* y de *derecho administrativo*, de manera que es una obra de **compilación completa**. Su texto tampoco ha llegado íntegro hasta nosotros, pero muchas de sus disposiciones fueron incluidas en las compilaciones de los bárbaros, especialmente en el *Breviario de Alarico*[140].

NOVELLAE POSTTHEODOSIANAE.- Las constituciones imperiales promulgadas después del ***Codex Theodosianus*** fueron reunidas en compilaciones, tanto en el Imperio de Occidente como en el Imperio de Oriente. Mientras las colecciones bizantinas fueron suplantadas por la codificación justinianea, en la que fueron refundidas, desapareciendo como consecuencia, las del Imperio de Occidente se han conservado (***Novellae Posttheodosianae***). Contienen constituciones de los años 438 al 468 d.C.

COLECCIONES MIXTAS DE LEYES

FRAGMENTA VATICANA.- Colección de 378 fragmentos casi todos jurisprudenciales, concentrados en un ***Codice de fines del siglo IV*** conservado en la *Biblioteca Vaticana* y *descubierto por el Cardenal ANGELO MAI en 1820.*

[137] VOGEL, Carlos Alfredo, op. cit. pg. 258.
[138] VON MAYR, Robert; *Historia del Derecho Romano II*, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1926, pg. 335 y 336.
[139] ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano,* op. cit. pg. 432.
[140] VOGEL, Carlos Alfredo, op. cit. pg. 259.

Contiene extractos de constituciones imperiales, tomadas de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, en su mayor parte debidas a Diocleciano y Maximiano, con otras post-constantinianas agregadas con posterioridad, junto con pasajes de obras de Papiniano, Paulo y Ulpiano. Los fragmentos se encuentran distribuidos bajo diferentes rúbricas y el orden de materias es desconocido en parte no conservada. *Los textos se hallan recogidos con mayor fidelidad que en el Digesto*, sin que por ello falten alteraciones, debidas al compilador o a manipulaciones anteriores.

COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANORUM.- La ***Collatio*** es *una colección de derecho romano y mosaico* que se conserva fragmentariamente en los manuscritos de **Berlín**, **Verceil** y **Viena.** Cada uno de los manuscritos presenta el título ***Lex dei quam praecipit dominus ad Moysen***, que MOMMSEN supone falso. Después del siglo XVI, recibió el título ***Mosaicarum et Romanarum legum collatio***. Se considera que la parte conservada, que abarca 16 títulos, pertenece al primer libro de la obra, aunque se desconoce cuántos títulos la precederían y cuántos la continuarían: Conviene hacer notar que trata sobre todo de **Derecho penal**, a excepción del título XVI que se refiere al derecho privado.

Los dieciséis títulos se desarrollan en un orden sistemático, que, sin embargo, no coincide con el orden del **Edicto del Pretor Urbano** en su forma codificada por **Salvio Juliano** y reconstruida por **Lenel,** sino con el **Decálogo de la Biblia**, especialmente en la secuencia del **Éxodo** 20: 13 -17. A la cabeza de cada título se encuentra *un pasaje de la ley musaica* y *en seguida las citas de textos jurídicos romanos*, distribuidos de la siguiente manera: en primer lugar, de grande y larga preponderancia, los ***iura***, es decir, fragmentos de **Paulo**, **Ulpiano**, **Papiniano**, **Gayo** y **Modestino**[141], en segundo, las **leges**, o sea constituciones imperiales tomadas de los ***Códigos Gregoriano*** y ***Hermogeniano***, e, independiente, una constitución aislada del año 390.

En la ***Collatio***, no se hace propiamente una comparación en el sentido estricto de la palabra, púes únicamente se ponen fragmentos de *leyes mosaicas y romanas* unos junto a otros sin emitir juicios, y sólo en contadas ocasiones hace comentarios.

Independientemente del título original de esta obra, se cree que su autor, quien haya sido, sí tuvo la intención de comparar, de confrontar, de cotejar textos

---

[141] Estos son los juristas que pertenecen a la "***ley de citas***". Esta ley fue promulgada en el 426 d.C. por **Valentiniano III**, y establecía que las opiniones de estos juristas tenían eficacia legal; es decir, se podían citar en los tribunales. Su se oponían las opiniones, prevalecían las de la mayoría; en caso de empate, la de **Papiniano**.

afines, pues el hecho de poner un texto mosaico junto a otros romanos que hablan del mismo asunto invita por sí mismo a compararlos[142].

Para mejor comprensión veamos un ejemplo de la sinopsis de la **Collatio**:

Título II. ***De los Asesinos y homicidas.***

Moisés *castiga con la muerte a los asesinos,*

La **ley Cornelia** de asesinos condena a los homicidas de clase alta con la deportación y a los de clase humilde con la crucifixión o arrojándolos a las bestias.

Moisés *libera al que mata sin dolo.*

En constituciones imperiales se absuelve el homicidio por accidente, pero se condena la intención de matar. Los de clase humilde son castigados con los juegos públicos o los trabajos forzados en las minas; los de clase alta son relegados y, según el caso, multados[143].

CÓDIGO SIRO ROMANO.- Redactado originariamente en griego y conservado en varias ediciones orientales que difieren esencialmente entre sí, en asirio, en árabe, en armenio, existía ya antes de la época de Constantino en la Cancillería Patriarcal de Antioquía, aunque sólo en sus elementos primitivos "no literarios". Su elaboración literaria atravesó por varias fases, sobre todo bajo Valentiniano I y en el año 468. Todavía más tarde hasta en el tiempo de Justiniano se le añadieron nuevos apéndices. En el siglo V existían ya también varias versiones que constituyen luego las fuentes del Derecho de la Iglesia. La obra tenía probablemente por finalidad servir de consejero a los miembros de la Iglesia en sus relaciones con las autoridades paganas del Imperio en cuestiones sobre derecho de familia, de herencia y de esclavitud, y la redactaría probablemente un sacerdote para que sirviese de pauta en los tribunales eclesiásticos. Conservó su vigencia práctica aún después de la compilación de Justiniano y mantuvo su gran prestigio hasta el siglo XVII.

CONSULTATIO VETERIS CUIUSDAM IURISCONSULTI.- Colección de consultas publicadas por **Cuyacio** en 1577, según un manuscrito desaparecido, resueltas por un jurisconsulto ignorado, basándose en los textos de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y en fragmentos de las Sentencias de Paulo, que reproduce o cita, y que probablemente fue confeccionada en Francia a fines del siglo V o a principios delo VI.

---

[142] ***MOSAICARVM ET ROMANARVM LEGVM COLLATIO***, Instituto de Investigaciones Filológicas - Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, pg. XV y XVI.

[143] ***MOSAICARVM ET ROMANARVM LEGVM COLLATIO***, idem, pg. XLIII.

ESCUELAS OFICIALES DE JURISPRUDENCIA EN LA ÉPOCA POSTCLÁSICA

El culto a la jurisprudencia clásica seguía siendo siempre intenso, particularmente en las escuelas oficiales, muy numerosas en la época postclásica.

La necesidad de crear estas escuelas fue sentida ya en los primeros decenios del siglo III, sobre todo promulgada la Constitución de Caracalla, para difundir el conocimiento del Derecho Romano por todas las provincias delo Imperio.

Aun cuando las escuelas fueron numerosas, las noticias que se posee son incompletas respecto a Occidente. En el Oriente funcionaron cinco escuelas: las celebérrimas de **Berito** y de **Constantinopla** y las menos famosas e incluso menospreciadas en el siglo VI, de **Alejandría**, **Antioquía** y **Cesarea**.

El puesto de honor lo ocupa, sin duda, en la parte Oriental del Imperio, **Berito**. Ya en el año 239, esa ciudad de **Siria** se consideraba como la "*Madre del Derecho*" fue aumentando progresivamente, y todo el siglo V presenció la actuación de una serie de profesores que fueron calificados por los contemporáneos y por los sucesores como "*héroes*" y maestros del mundo habitado. Los nombres de ***Cirilo, Patricio, Donino, Demóstenes, Eudosio*** y ***Leoncio*** fueron honrados, durante siglos, en la tradición doctrinal bizantina[144].

La ciudad de **Alejandría**, fundada por **Alejandro Magno** el año 331 a.C. y dedicada a las ciencias y artes gracias a la protección de los **Ptolomeos**, fue, mucho antes de la aparición del cristianismo, cuna del helenismo, crisol intelectual de una civilización en la que se fundían las culturas oriental, egipcia y griega y a la que se añadió desde el primer momento la cultura hebrea. Por su localización estratégica, en la encrucijada de las rutas de África y Asia, Alejandría era un centro mercantil y cultural de primer orden que rivalizó y tomo el relevo de Atenas.

El legado que encuentra **Clemente de Alejandría** hacia el año 180 d.C., cuando entra en la superpoblada metrópolis (un millón de habitantes) de **Alejandría**, tras haber recorrido la Italia meridional, Siria y Palestina, es inmenso: ***Una Biblioteca incomparable***[145], iniciada por **Demetrio Falereo**; un **Museo**

---

[144] ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano,* op. cit. pg. 435.

[145] Según Tzetzes, la **Biblioteca** "*externa*" de Alejandría contenía 42.800 volúmenes, mientras que la **Biblioteca principal del Palacio** contenía unos 400.000 volúmenes "*mezclados*" (rollos mayores) y unos 90.000 "*no mezclados*" o "*simples*" (pequeños rollos de papiro).- **Frederick Copleston**, *Historia de la Filosofía*, Vol. I: *Grecia y Roma*, Barcelona, 1974, pg. 383.

que era la verdadera universidad del helenismo[146], la industria del papiro dedicada especialmente a la colaboración con la actividad intelectual; la traducción griega, realizada entre los siglos III y I a.C., de la ***Biblia*** hebrea (la ***Biblia*** de los setenta); la obra del filósofo judío **Filón**, en la que desde los tiempos de **Jesús** y **Pablo**, demostraba que la religión judaica podía ser comprendida en los mismos términos racionales de la filosofía griega, **la escuela de Alejandría** o ***didaskaleíon***[147].

Dedicadas preferentemente al estudio de la jurisprudencia clásica, las escuelas de Occidente y de Oriente carecieron de maestros capaces de dominar la literatura jurídica aparecida en Roma durante el Principado.

Su predilección espontánea fue entonces para ciertos juristas cuyos escritos les eran más fáciles entender y más de agrado. Estos fueron: *Gayo,* cuyas obras elementales escritas probablemente en tierras de Oriente, fijaban mediante clarísimas líneas, aquellos cánones del Derecho Privado Romano que con mayor energía se oponían a las tendencias provinciales y exponían todo el sistema en forma clara y brillante; **Papiniano**, cuya apasionada búsqueda moral hacía más aceptable para todos el rígido sistema romano; **Paulo** y **Ulpiano**, profusos expositores de todas las materias jurídicas, de las cuales, podemos decir, hicieron la sistematización definitiva ,y, por último de **Modestino**, cuyas obras escritas por lo general en griego, pueden considerarse casi como un puente tendido entre la genial actividad de la jurisprudencia romana y la pobre exposición de pequeñas reglas y distinciones a que se dedicaron las escuelas[148].

COMPILACIONES ROMANO-BÁRBARAS

A la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476, los pueblos bárbaros ocuparon lo que fueron territorios imperiales, *crearon nuevos reinos* tales como el de los *Ostrogodos*, el de los *Visigodos* y de los *Borgoñones* o *Borgoñeses.*

Los vencedores respetaron y conservaron la organización judicial de los vencidos, creándose así el sistema que se conoce como ***Principio de Personalidad en aplicación delo derecho***, que hacía que los bárbaros conservaran en los países ocupados sus leyes y costumbres nacionales, al mismo tiempo que los ro-

[146] El **Museo** estaba dotado de un *Jardín Botánico, Observatorio Astronómico, Anfiteatro de Anatomía* y laboratorios, además de la *Biblioteca principal de Palacio* ya mencionada. El Museo fue levantado bajo el poder de **Ptolomeo Soter** (323.283 a.C.) en el centro de la ciudad, junto al Palacio real.

[147] **CLEMENTE DE ALEJANDRÍA**; ***El Pedagogo***, Primera edición, 1ra reimpresión, EDITORIAL GREDOS, S.A., Madrid, 1998, pg. 7 y 8.

[148] ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho Romano,* op. cit. pg. 435 y 436.

manos que vivían entre ellos, aunque vencidos, continuaran gobernándose por su propia legislación. *Aplicando el sistema de la personalidad del derecho llevó a los jefes bárbaros a ordenar en el Occidente germánico la codificación dl Derecho Romano*, que debería regir para los súbditos romanos. Así nacen loas llamadas ***leges romanae barbarorum.***

Las compilaciones romano-bárbaras fueron: la ***Lex Romana Visigothorum*** o ***Breviarum Alarici*** o de ***Aniano***, que se *sanciona en* **España** y **las Galias**, sometidas a los visigodos; el ***Edictum Theodorici***, que rige *para el reino de los Ostrogodos, que dominaron la* **Península Itálica** y la ***Lex Romana Burgundiorum*** o ***Papini Responsa***, que *se promulga en la* **Galia Oriental**, ocupada por los *borgoñones.*

LEX ROMANA VISIGOTHORUM

La "***Lex Romana Wisigothorum***", también conocida desde el siglo XVI con el nombre de "***Código o Breviario de* Alarico**" y de "***Breviario de* Aniano**", pero el nombre más frecuente es el de "***Lex Romana-Wisigothorum***" o "***Ley romana de los Visigodos***", lo que nos indica su contenido: se trata de la ley ordenada por los visigodos *para regir las relaciones entre los romanos vencidos*[149].

Es la más importante de las leges romano-bárbaras fue sancionada por orden de Alarico II rey de los visigodos, alrededor del año 506. Es un extracto de los **Códigos Gregoriano**, **Hermogeniano** y **Teodosiano**, las Novelas publicadas por Teodosio después de la publicación de su Código y las de los emperadores que le sucedieron (**Novellae Post-Theodosianae**) y la doctrina (***iura***) contenida en las "***sentencias***" de Paulo. Además, los compiladores tomaron la doctrina jurídica de un Epítome de las "***Institutas***" de **Gayo**, y un fragmento de las "***Responsae***" de **Papiniano**. La obra fue realizada por una comisión de juristas romanos presidida por el Conde de Palacio **GOYARICO.** Las distintas secciones de la obra se presentan siempre acompañadas de comentarios o interpretaciones que por un lado aclaran el texto y por otro tratan de adecuarlo a las necesidades del momento. Se trata, pues, como puede apreciarse, de una mezcla de fuentes jurídicas orientales y occidentales, de textos escritos poco antes de la compilación y de materiales antiguos ordenados y modernizados generalmente por manos poco expertas.

El Código de Alarico que adolece de falta de método y contiene algunas contradicciones, recoge la sabiduría romana, pero bajo el influjo germánico y cristiano; extiende algunos derechos a las clases populares y reconoce ciertos derechos

---

[149] VOGEL, Carlos Alfredo, op. cit. pg. 265 y 266.

autónomos a los municipios, contra la índole centralizadora del Derecho Romano Imperial y dejando la semilla del espíritu foral de la Edad Media.

Estuvo vigente siglo y medio para los romanos de España, hasta el gran ***Código de Recesvinto***[150] que unificó territorialmente la legislación española. Además tuvo aplicación, especialmente a través de extractos y epitomes en el Sur de Francia, y en el Sur de Alemania donde tuvo vigencia hasta el siglo XI.

El Breviario de Alarico ha transmitido a través de sus páginas, valioso material jurídico que de otra manera tal vez no hubiera llegado hasta nosotros. Se conocen *por esta colección* las Sentencias de Paulo y los cinco primeros libros del Código Teodosiano y por mucho tiempo no se tuvo otra referencia de las Institutas de Gayo que la que se encuentra en la compilación Visigothorum.

En la época de Alarico II, **hay dos fuentes exclusivas de Derecho para el reino visigodo**: **el *Código de Eurico***[151] *para la región goda* y **el *Breviario de Alarico*** ***II*** *para los hispanos.*

[150] **El Código de Recesvinto,** ***Forum Iudicum*** **o** ***Liber Iudiciorum,*** **Fuero Juzgo,** denominado también ***Libro de los Jueces.*** Para la mayoría de los autores la obra fue comenzada por ***Cindasvinto*** (641 al 652) y continuada en tiempos de ***Recesvinto*** (del 649 al 672).
EL FORUM IUDICIUM (IUDICUM) O LIBER IUDICIORUM, que se inspira en las costumbres germánicas, en los cánones (CÁNON, palabra griega que significa REGLA) de los Concilios Toledanos y especialmente en el Derecho Romano, rigió entre los españoles por varios siglos. Compuesto en lengua latina. Fue traducido al castellano a fines del siglo VII por Fernando II El Santo y recibió el nombre de Libro de los Jueces o *Fuero Juzgo.*
Producida la invasión sarracena después de la célebre Batalla de Guadalete, se corta el cordón umbilical que unía la cultura jurídica romana con la española, a pesar de que los moros permitieron a los vencidos seguir gobernándose por sus antiguas leyes. Con la Reconquista de España, que fue un proceso histórico de siete siglos de duración, se restableció la vigencia del *Fuero Juzgo.* Volvió así a acogerse el Derecho Romano por el Derecho Español.
El fenómeno de la recepción se produjo plenamente en España cuando el rey Alfonso X El Sabio elaboró en 1256 las famosas *SIETE PARTIDAS ESPAÑOLAS,* obra que en Siete Partes contiene como base jurídica fundamental el Derecho Romano combinado con algunos elementos de Derecho Canónico y Germánico.

[151] **CÓDIGOS GODOS:** ***EURICO, ALARICO, RECESVINTO.*** *El Código de Eurico* es del año 470 más o menos; *el de Alarico II* su hijo es del 506, ambos Códigos rigen a los godos el primero y a los romanos el segundo, desde los comienzos de la organización del reino godo y *acentúan el principio germánico de dualidad nacional del derecho, a la vez que romanizan las fuentes de sus propias leyes.* Siglos V y VI.
El ***Liber Iudicum*** de **Recesvinto** es del 654, siglo y medio después.

CÓDIGO DE EURICO

EURICO, a quien se considera ***el primer rey godo de España***, padre de **Alarico II** y su antecesor en el trono. Cuando los visigodos se establecieron en territorio español, desde mediados del siglo V, y comienzos del VI, comprendieron que la técnica jurídica de los romanos era superior a la propia, y que era preferible para la estabilidad de las relaciones jurídicas, contar con leyes escritas antes que con estatutos personales como los que ellos traían. Por eso el Rey **EURICO** (466-484 d.C.), poco tiempo después de su ascensión al trono, encargó a un jurisconsulto de nombre LEÓN, una compilación de los usos, costumbres y leyes vigentes entre los visigodos, que habían sido aprobadas por sus antecesores y que, en parte, había tomado también el Derecho Romano. Con lo que se advierte cómo el propio ***Código de Eurico, destinado a regir las relaciones mutuas de los invasores germanos, se encuentra igualmente romanizado***. Sin embargo falta en él armonía, ya que al lado de las normas primitivas, rústicas, inciviles, tomadas de las costumbres visigodas, aparecen otras que traducen la perfección de la técnica del Derecho Romano[152].

EDICTUM THEODORICI

El reinado de los Ostrogodos en Italia duró desde el año 493 al 554. TEODORICO I, *rey de los Ostrogodos* (494-526), publicó un Código, llamado ***Código de Teodorico***, en el año 500.

Este Edicto resumía algunas de las más importantes disposiciones del Derecho Romano a fin de que fuesen observadas, no sólo por los romanos, sino por los ostrogodos, contrariando el sistema de la personalidad del derecho, adopta el ***principio de la territorialidad.***

Se compone de 154 artículos breves y rudos, cada uno de los cuales está tomado (sin indicar la procedencia) de un texto de leyes o de ***iura***, especialmente de los tres Códices: **Gregorianus**, **Hermogenianus** y **Theodosianus**, sobre todo de este último, de las **Novelas Postteodosianas**, de las ***Sententiae de Paulo***, ***Responsum de Papiniano*** y quizá también de la obra de **Ulpiano**, de ***Officio proconsulis.*** Sin embargo, las fuentes están de tal manera mutilada, que el Derecho Romano es difícilmente reconocible.

El Código de Eurico.- Promulgado por el séptimo rey godo, en Tolosa, y sirvió de ejemplo, más adelante a la ***Lex Sálica***, la ***Lex Ripuaria***, la ***Lex Rotharia*** de los lombardos, en el siglo siguiente. Es una colección de fuentes germánicas y romanas. *Fue descubierto en un palimsesto de Benedictinos de* ***San Germán de los Prados***.- CARLOS HAMILTON D. *Manual de Historia del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1948, pg. 228 y ss.

[152] VOGEL, Carlos Alfredo, op. cit. pg.266.

LEX ROMANA BURGUNDIONUM

Esta Ley llamada también ***Papiani Responsa***, *fue publicada en la* **Galia Oriental** *para regir las relaciones de los súbditos romanos del reino de los borgoñones.* Esta ***Lex Romana Burgundionum***, que es, probablemente de la época del REY GUNDOBADO, muerto el año 516, contiene aproximadamente, la misma materia que la ***Lex Romana Visigothorum***: se basa igualmente en los ***Códigos Gregoriano***, ***Hermogeniano*** y ***Theodosiano***, en las ***Sentencias de Paulo*** y en las ***Instituciones de Gayo***, pero estas fuentes no se encuentran colocadas simplemente unas a continuación de otras, sino fundidas en un texto unitario, que se separa del tenor de su modelo. *El Código Borgoñón está así mucho más impregnado de Derecho vulgar* y suministra para el conocimiento del Derecho Romano mucho menos que la ***Lex Romana Visigothorum***. No tuvo gran importancia en la historia del Derecho de la Edad Media.

6.2.4. EL IMPERIO DE ORIENTE DESDE ARCADIO HASTA JUSTINIANO

El Imperio de Oriente, **Imperio Griego** o **Imperio Bizantino**, continúo existiendo aún cerca de mil años después de la caída del Imperio de Occidente.

ARCADIO que reinó hasta el 408, cuando Teodosio I, su padre, realizó el reparto del Imperio, él era muy joven, debía gobernar bajo la tutela de los principales jefes políticos militares del Imperio: RUFINO primero y EUTROPIO después. Su reinado fue oscuro, el único mérito es el haber podido orientar hacia el Occidente las olas invasoras, salvando así el territorio de la ocupación extranjera.

Le sucedió **TEODOSIO II**, durante su gobierno, la capital del Imperio -**Constantinopla**- fue rodeada por una poderosa muralla que le daba mayor seguridad. En el año 425 se fundó la ***Universidad de Constantinopla***, que se transformó en un importante centro de estudios clásicos y poco después se ordenó la compilación del ***Codex Theodosianus*** en el que se recogieron las principales disposiciones dictadas por los emperadores a partir de Constantino.

Teodosio II *gobernó tutelado por su hermana* **Pulqueria**; en su reino sufrió el Imperio una invasión de los *Hunos*, a los que hubo de pagar tributo. Reinó hasta el año 450.

Le sucedió **MARCIANO**, casado con **Pulqueria**, quienes durante su corto reinado (450-457) consiguieron acallar las turbulencias religiosas y librarse del tributo que pagaban a los hunos.

De 457 a 474, reinó **LEÓN I**, que sostuvo guerras contra los ostrogodos y los vándalos. Le sucedió su nieto **LEÓN II**, que reinó 11 meses, siguiéndole su padre **ZENÓN EL ISÁURICO** (474-491), quien se separó de la Iglesia declarán-

dose partidario de la herejía de **Eutiques**. Le sucede **ANASTASIO** (491-518), que como su antecesor vio envuelto al Imperio en contiendas religiosas que no pudo dominar. Fue derrotado por los persas, a los que tuvo que comprar la paz. Siguióle **JUSTINO I**, un paisano sin cultura, nacido en un pueblito de Macedonia (518-527) que restableció la paz en la Iglesia, protegió a los católicos, se granjeó el amor del pueblo concediéndole espectáculos, y pacificó el Imperio, preparando de este modo el reinado de su sucesor, su sobrino **JUSTINIANO**.

6.2.5. LA OBRA JURÍDICA DE JUSTINIANO

JUSTINIANO nació en **Tauresium en Iliria**, en el año 483 de la Era Cristiana, *fue esclavo*, hijo de campesinos; sirvió en el ejército, destacándose como soldado. Escaló las más altas dignidades, gracias a que *fue adoptado por su tío* **JUSTINO I** que ocupaba el trono de Constantinopla, tomó de éste el nombre con la terminación que se usaba en la denominación de los adoptados, y así se llamó **JUSTINIANO** abandonando su primitivo nombre de ***Uprauda.***

Al fallecer el Emperador JUSTINO I, su sobrino Justiniano ocupó el trono imperial, en las *calendas de abril del año* 527, a la edad de 43 o 45 años, como Emperador de Oriente.

JUSTINIANO resolvió dar al Imperio la extensión y el poder que había tenido en tiempo de los grandes emperadores romanos. Para lograrlo desplegó durante todo su reinado (527-565) una actividad infatigable. Era vanidoso, desconfiado hasta sospechar y hacer caer en desgracia a sus mejores servidores, ávido y poco escrupuloso en los medios para hacer dinero, vacilante y capaz de desfallecimientos en las horas críticas. En estas horas fue admirablemente secundado por su mujer **TEODORA**, que había sido antigua bailarina, despótica, desprovista de sentido moral, hija de un guardián de los osos del anfiteatro cuya coronación fue un escándalo, pero que tenía el alma, inteligente y enérgica.

Teodora, actriz, conocida por su belleza y su talento a la hora de mostrarla. Aunque una ley prohibía que los senadores desposaran a antiguas actrices a causa de la obscenidad de sus representaciones, Justiniano consiguió que su tío dispensara a las que se arrepentían y se casó con ella. Fue una esposa fiel e importante colaboradora; compartía con Justiniano su procedencia humilde y una voluntad de hierro[153].

Una de esas crisis, tan violenta que casi costó la corona a Justiniano, al principio de su reinado, en 532, fue la llamada ***Revuelta de Nike***, denominada así

[153] TREADGOLD, Werren; *Breve Historia de Bizancio*, Editorial, PAIDÓS, SAICF, Barcelona, 2001, pg. 77.

porque esa palabra *-victoria* en griego- era el santo y seña de los insurrectos. Comenzó la insurrección en las querellas encarnizadas de los azules y los verdes, partidos que se habían formado en los espectáculos del circo, según el color de los carros que disputaban las carreras. Esos partidos deportivos tenían milicias y elegían un jefe, que trataba de obtener el favor imperial. Un día, los verdes, un domingo de enero de 532, acusaron a JUTINIANO de parcialidad hacia los azules y el alboroto se convirtió en una formidable sublevación que duró ocho días. Justiniano quiso huir: ***"Huye, César, si quieres huir, le dijo Teodora; tienes dinero, los barcos están listos, el mar está libre; pero yo me quedo. Creo en la vieja máxima, de que la púrpura es la mejor mortaja"***. Cuando Justiniano retemplado por esa respuesta ordenó a su fiel general BELISARIO que reprimiera la insurrección, quedaron 30,000 cadáveres en el circo[154].

Tuvo también grandes colaboradores: el *Prefecto de Pretorio* **JUAN DE CAPADOCIA**, el providencial jurisconsulto ***Quaestor sacri palatii*** **TRIBONIANO** y los generales BELISARIO y NARSÉS, *que conquistaron parte de las antiguas provincias del Imperio Romano de Occidente.* **África del Norte** *fue reconquistada por* **Belisario** contra los vándalos (533); **Italia**, por **Belisario** y luego por **Narsés** contra los *ostrogodos* (536 a 553). También se tomó a los *visigodos* una pequeña parte de España meridional (554). Pero estas conquistas fueron efímeras. *Tres años después de la muerte de Justiniano,* **Italia** *fue invadida por los lombardos,* donde al terminar francos y alamanes con la ocupación de **Narsés**, el rey lombardo **ALBUINO** (o **Audoino**), aprovechó la coyuntura en el 568 pata intentar la conquista de estos territorios con un ejército compuesto por mercenarios procedentes dispares como los *avaros, sármatas, búlgaros, suevos, gépidos, panonios*, y *sajones*. La conquista de las principales ciudades del norte fue un duro golpe para **Justiniano y los francos[155].**

Además, a esta política de conquistas sacrificó la seguridad de las fronteras orientales del Imperio, mal defendidas contra los ataques de los persas en Asia de los avaros, eslavos o búlgaros en Europa. En varias ocasiones estos tres últimos pueblos forzaron la frontera del Danubio y asolaron las provincias europeas del Imperio; en el año 559 los búlgaros llegaron hasta los mismos muros de Constantinopla.

En el ámbito religioso, **JUSTINIANO** *defendió el Cristianismo Ortodoxo* como *religión oficial del Imperio y persiguió a los paganos y herejes.*

---

[154] MALET, Alberto y J. Isaac; La Edad Media, Librería HACHETTE S.A., Buenos Aires, 1965, pg. 31-32.

[155] SERRANO, Rosa Sanz; ***Las Migraciones Bárbaras y la Creación de los Primeros Reinos de Occidente***, EDITORIAL SÍNTESIS, S.A., Madrid, 1995, pg. 186.

Fue un activo constructor. Reedificó edificios que estaban ya algo arruinados, o resultaban viejos para el gusto de la época, y *a él debemos las suntuosas iglesias de **Santa Sofía** y de **Santa Irene**,* **en Constantinopla**, que todavía subsisten, y las iglesias de ***San Vital*** en **Ravena** y ***Santa Sofía*** y ***San Demetrio***, en **Salónica**, que son los más excelentes ejemplares del art bizantino.

La codificación de las leyes de Roma y el estilo de Bizancio como arquitectura oficial están en franco contraste. Todo el Derecho Romano es razonable y razonado; el arte bizantino es el triunfo de la fantasía, con sus valores imaginarios.

Para construir sus grandes edificios, el Emperador bizantino *importó arquitectos de Siria y Asia Menor*, donde había una escuela de constructores basada en el sistema de cúpulas enteramente opuesto al clásico de columnas y arquitrabes. Para la Iglesia Mayor de Constantinopla hizo venir dos famosos arquitectos de Asia, **Artemio de Tralles** e **Isidoro de Mileto**, que levantaron el templo gigantesco que subsiste todavía, dedicado a ***Santa Sofía*** o sea la ***Divina Sabiduría***. Se comenzó en el año 532, su inmensa cúpula tiene 33 metros de diámetro.

En el año 541, la peste bubónica, desconocida en tierras mediterráneas, azotó el Imperio, llegó de Egipto, supuestamente procedente de Etiopía. Transmitida por pulgas o por ratas, la enfermedad solía seguir las rutas de trasporte de grano, del que las ratas se alimentaban. El contagio se extendió de las embarcaciones a las zonas rurales. A principios del año 542 la peste había atacado la mayoría de ciudades orientales, así como los ejércitos persa y bizantino que se hallaban en la frontera[156].

Justiniano también enfermó, por lo que Teodora asumió el control del gobierno y presumiblemente de la sucesión. Cuando la noticia llegó al ejército de oriente, sus oficiales consideraron proclamar emperador a Belisario si Justiniano fallecía; al conocer tales planes, Teodora depuso al gran general.

Justiniano fue ayudado en sus empresas por *Teodora*, su esposa fiel. Le sirvió aconsejándole hasta su muerte, debida a un cáncer, en junio del 548. Había sido emperatriz más de 21 años. Justiniano murió en noviembre del año 565. Había durado su reinado 38 años y 7 meses.

LEGISLACIÓN DE JUSTINIANO

Sin ninguna duda *el mérito más grande de Justiniano se centra en su política legislativa* y en concreto, en la labor de *compilación del Derecho Romano* que mandó llevar a cabo desde el momento en que sube al trono en 527, poniendo

[156] TREADGOLD, Warren; op. cit. pg. 81.

a contribución los muchos millares de volúmenes en que se contenían las leyes y las obras de los jurisconsultos de diez siglos, intentó fundir aquella infinita variedad de leyes y opiniones legales con algunos elementos nuevos en una extensa compilación; a la vez que realizó una labor creativa no sólo en el sentido de que adaptó las normas jurídicas anteriores a las necesidades de la época, sino a la serie de disposiciones dictadas durante su reinado.

Su gran labor legislativa la realizó, contando con uno de los hombres más cultos de su tiempo, TRIBONIANO, a cuyos dotes de jurista agregaba la de ser un gran bibliófilo y un técnico en la legislación. Bajo la dirección personal de Justiniano y el control directo de TRIBONIANO, diversas comisiones legislativas integradas principalmente por doctos profesores de las Escuelas Orientales de Derecho de la época de **Berito** y de **Constantinopla**, dieron término en menos de 7 años de 528 a 534 la ímproba labor de realizar una compilación general del ***ius*** y de las leyes.

Con la muerte de Justiniano en el año 565 termina lo que se conoce como la ***primera vida del Derecho Romano***; vale decir la etapa de la creación, iniciada con la fundación de la ciudad de Roma en el año 753 a. C.

Al conjunto de la labor jurídica de Justiniano se le conoce con el nombre de ***CORPUS IURIS CIVILIS*** o "***CORPUS IURIS IUSTINIANEI***" (Cuerpo del Derecho civil), *expresión que fue usada por primera vez en 1583 desde la famosa edición ginebrina realizada por DIONISIO GODOFREDO* especialmente para distinguirlo del "***Corpus Iuris Canonici***" según criterio de los Glosadores.

La compilación de Justiniano comprende cuatro obras distintas, que son: ***EL CÓDIGO, EL DIGESTO O PANDECTAS, LAS INSTITUCIONES Y LAS NOVELAS.***

EL CÓDIGO (CODEX IUSTINIANUS)

La tarea compiladora de Justiniano comenzó por leyes. A tal fin con la Constitución sancionada el 13 de febrero del año 528, el emperador designó una comisión compuesta por diez jurisconsultos a cuya cabeza se encontraba el ***ex quaestor sacri palatii*** JUAN DE CAPADOCIA, para que reuniera en un Código todas las colecciones de leyes hechas anteriormente *Código Gregoriano, Hermogeniano* y *Teodosiano* y *Novelas Post-Teodosianas* y *Constituciones que le siguieron.* La comisión tenía facultades para efectuar las modificaciones y aclaraciones necesarias, así como eliminar las repeticiones que existiesen.

Terminado el trabajo en poco más de un año, *el* ***CÓDIGO*** fue publicado por el Emperador mediante la Constitución ***Summa reipublicae***, el 9 de abril del año 529, y entró en vigor el 16 del mismo mes. Este primer Código de

Justiniano, llamado *Código antiguo* ***Codex Vetus***, fue objeto de una revisión cuatro años después, elaborando una nueva edición, después que otra comisión de juristas, *bajo la dirección de* **TRIBONIANO**, efectuara una revisión del viejo Código incluyendo las nuevas Constituciones y poniendo más en armonía con el Digesto y las Institutas. La labor terminó el mismo año y *la nueva edición delo Código* (***Codex repetitae praelectionis***) fue confirmada en noviembre del 534.

El Código está dividido en XII libros, el Primero de los cuales trata del Derecho Eclesiástico, de las fuentes del derecho y de los oficios de los funcionarios imperiales. **Los Libros II al VIII** se dedican *al Derecho Privado en general* con referencia especial a los derechos reales, las obligaciones, los contratos y el Derecho Sucesorio; *el* **Libro IX** al *Derecho Penal o criminal* my finalmente *del* **Libro X al XII** Derecho Administrativo y Financiero.

Cada uno de los Libros se dividen en Títulos, en cada Título se hallan colocadas las Constituciones según las materias a las que pertenecen, con arreglo a un orden cronológico. A la cabeza de cada Constitución aparece el nombre del Emperador que la dictó y de la persona a quien iba dirigida, al fin se pone la fecha en que fue sancionada. Los títulos se dividen en fragmentos encabezados por la indicación del tema y de las constituciones de que se trata.

Nos dice FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY que "toda legislación es poco más o menos el resultado de la historia anterior de la legislación. Justiniano nunca tuvo la intención de hacer un Código propio, sino de formar una mera compilación del rico material existente; el todo histórico se convirtió así nuevamente en ley"[157].

Manuscritos del Código.-Muchos son los manuscritos del Código, pero hay pocos buenos; *ninguno tan antiguo ni tan completo como el de las Pandectas florentinas*. En algunos manuscritos se omiten constituciones enteras, especialmente griegas; en otros las constituciones no están transcritas sino en extractos, *y a casi todas les faltan los tres últimos libros, dedicados al derecho público*, la aplicación del cual había debido de cesar muy pronto, de dónde provino la práctica de que en las escuelas no se enseñaran más que los nueve primeros libros, los únicos que se hallan en las ediciones antiguas[158].

---

[157] VON SAVIGNY, Friedrich Karl; *Metodología Jurídica*, Traducción de J.J. Santa-Pinter. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1979, pg. 30.

[158] **SERAFÍNI,** Felipe; op. cit., pg. 68 y 69.

EL DIGESTO

EL DIGESTO conocido también con el nombre de **PANDECTAS**. ***Digesta,*** voz latina que significa "*distribución sistemática*" o ***Pandectae,*** voz griega que significa "*libros que contienen todo*", es una colección compuesta por citas de los escritos de grandes jurisconsultos clásicos. ***La obra fue encargada a una Comisión de juristas creada el año 530 por la Constitución Deo auctore bajo la dirección de*** TRIBONIANO[159] e integrada por 4 profesores (**Teófilo**, y **Cratino**, de Constantinopla, **Doroteo** y **Anatolio**, de Berito), 11 abogados de Constantinopla y un funcionario denominado "***comes sacrum largitarium***". Pero es en el Digesto donde se muestra enteramente la verdadera originalidad de Justiniano.

Los redactores del DIGASTO *se dividieron en tres subcomisiones*, cada una de las cuales debía seleccionar un conjunto determinado de obras. *La primera se encargó de revisar todo lo referente al Derecho Civil* y a integrar lo que se conoce como *el* ***Fondo Sabinianeo*** que está conformado básicamente por obras de Sabino y sus seguidores.

Por su parte, *la segunda comisión revisó las obras relacionadas con el Derecho Honorario* contenido en los Edictos de los Magistrados e integró *el* ***Fondo Edictal***. Finalmente, *el tercer grupo se dedicó a analizar principalmente los escritos de* **Papiniano** y otros grandes jurisconsultos y produjo *el* ***Fondo Papinianeo***.

El Digesto contiene miles de extractos de las obras de los jurisconsultos romanos delo siglo I a.C. al siglo IV de nuestra era, es decir del período clásico. El jurisconsulto más antiguo que se cita es **Q. Mucio Scevola** y entre los más recientes figuran **Arcadio Carisio** y **Hermogeniano**. La mayoría de las obras consultadas son del final de la época clásica, habiendo suministrado **Ulpiano** un tercio del total de fragmentos aproximadamente y **Paulo** un sexto.

Las comisiones tuvieron plenos poderes para corregir, modificar los textos estudiados en las diversas compilaciones, suprimir las repeticiones y contradicciones y por la omisión de artículos sobre materias que eran ya anticuadas, así como la facultad de adaptar las obras clásicas a las necesidades del derecho vigente; estas adaptaciones y modificaciones se conocen con el nombre de "***interpolaciones***", "***Tribonianismos***" o "***Emblemata Triboniani***". **TRIBONIANO** y sus cómplices –se ha dicho acertadamente- han sido tratados por los estudiosos

[159] Ministro de Justicia (cuestor del sacro palacio) TRIBONIANO, originario de **Panfilia,** el Emperador encontró un hombre enteramente compenetrado con él, cuyo saber prodigioso y cuyo celo nunca se cansó Justiniano de celebrar.- BAYNES, Norman H.; *El Imperio Bizantino*, Séptima Reimpresión, Fondo de cultura Económica, México, 1996, pg. 154 y 155.

modernos más como esclavos que han saqueado los tesoros de su amo que como guardianes que pusieron a salvo de una posible conflagración todo lo que era posible salvar[160].

El Digesto se compone de 50 Libros. Estos Libros se dividen en **Títulos** y **Fragmentos**, que constan de *Párrafos numerados. Cada fragmento se inicia con el nombre del autor correspondiente y del título de la obra de donde fue tomado.* En cuanto a la distribución de los libros y títulos, se está hoy de acuerdo en afirmar que está fundada en un plan acabado, y principalmente en el sistema del ***Edicto Perpetuo*** de **Salvio Juliano**, como el mismo emperador había dispuesto[161].

Los 50 libros de las **Pandectas** están además agrupados en **7 partes**, la **primera** de las cuales (***Prota***) contiene *los cinco primeros libros*; la **segunda** (***de iudiciis***), *los seis siguientes*; la **tercera** (***de rebus***), desde el libro duodécimo al décimonono; la **cuarta** (***umbilicus***), desde el libro vigésimo al vigesimoséptimo; la **quinta** (***de testamentis***), desde el libro vigesimoctavo al trigésimo sexto; la **sexta**, desde el libro trigésimo séptimo al cuadragésimo cuarto; y la **séptima**, desde el cuadragésimo quinto al quincuagésimo[162].

La obra concluyó el 16 de diciembre del año 533 y fue promulgada mediante la **Constitución "*Tanta*".**

Libro I al IV.- Contiene nociones generales del Derecho, Jurisdicción e Introducción a la Instancia.

Libro V al XI.- Doctrina General de las Acciones, de las que tutelan la propiedad y distintos derechos reales.

Libro XII al XIX.- Disposiciones del Edicto referente a de *rebús creditis*, agregando rúbricas sobre Contratos.

Libro XX al XXVII.- Contratos, medios de prueba, Derecho de Familia, matrimonio, dote, filiación, tutela.

Libro XDXVIII al XLIV.- *Bonorum Possessio* y derecho de propiedad y posesión.

Libro XLV al L.- Normas sobre obligaciones verbales, fiadores en obligaciones. Delitos públicos y privados y las penas. Apelaciones en juicios.

---

[160] BAYNES, Norman H.; El Imperio Bizantino, 1era ed., en español, Fondo de Cultura Económica, S. A., México, 1996. pg. 155 y 156.

[161] **SERAFÍNI,** Felipe; *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I, op. cit. pg. 65.

[162] **SERAFÍNI,** Felipe; *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I, op. cit. pg. 65.

Manuscritos de las Pandectas.- Entre todos los manuscritos que poseemos, el más antiguo es el **Pisa** que se remonta al siglo VII y que, transportado a **Florencia** en 1406, se conserva actualmente con religioso esmero en la **Laurenziana**. Los *glosadores* tenían la convicción de que las ***Pandectas pisanas, hoy florentinas***, **eran las originales de Justiniano**, de tal manera que cuando ocurría alguna controversia respecto a la autenticidad del texto de una ley, solían enviar embajadores a Pisa para que la cotejaran con aquel manuscrito (***littera pisana***) al cual se atribuía un valor poco menos que supersticioso, y para cuya conservación habían tomado extraordinarias precauciones los estatutos pisanos del siglo XIII. Los demás manuscritos de las Pandectas (***littera vulgata***) datan todos de los siglos XII, XIII y XIV, esto es, del tiempo en que la escuela de **Bolonia** se hallaba en el apogeo de su esplendor, razón por la cual la ***Vulgata*** es también conocida con el nombre de **texto boloñés**. El manuscrito original que sirvió de base al texto boloñés parece haber sido defectuoso y que desde el Libro XXXV en adelante, fue completado con auxilio del texto pisano[163].

LAS INSTITUCIONES

Mientras se trabajaba en la inmensa labor que implicaba la elaboración del **Digesto**, JUSTINIANO ordenó redactar una obra elemental la **Instituta**. Esta obra ofrece un doble carácter a los ojos de los jurisconsultos, porque siendo un texto de ley promulgado con fuerza obligatoria por el legislador bajo cuyas órdenes se escribió, es al mismo tiempo un libro elemental, toda vez que Justiniano mandó que se le compusiese precisamente para facilitar la enseñanza y el estudio del derecho: ***ut essent totius legitimæ scienciæ prima elementa***. Este era, pues, el libro destinado para los maestros que debían enseñarlo y para los discípulos que debían aprenderlo; y he aquí la razón porque los jurisconsultos, doctores y profesores trabajaban con tanto afán en interpretar sus palabras y en aplicar el sentido de cada una de las frases[164]. En este *Libro Texto*, en el preámbulo, el Emperador da una serie de consejos a la juventud que desea estudiar leyes. Las Instituciones se publicaron el 12 de noviembre de 533.

La elaboración de esta obra estuvo bajo la dirección de TRIBONIANO, siendo *los redactores los profesores* TEÓFILO *y* DOROTEO, *quienes se valieron especialmente de las Institutas de Gayo*, que acomodaron a una nueva legislación. Insertaron en compendio, muchas Constituciones de Justiniano, se basaron en obras de ULPIANO, MARCIANO, PAULO, FLORENTINO.

[163] **SERAFÍNI,** Felipe; *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I, op. cit. pg.65 y 66.
[164] ANTEQUERA, D. José María; op. cit., pg. 224.

La obra está dividida en 4 Libros y éstos a su vez en Títulos, que indican la materia tratada y se subdividen en párrafos numerados.

Libro Primero.- Después de ocuparse del Derecho y su división trata de las personas.

Libro Segundo.- Versa sobre las cosas, su división, los modos de adquirir la propiedad, los derechos reales sobre la cosa ajena y los testamentos.

Libro Tercero.- Principios que regulan la sucesión *ab intestato*, las obligaciones y contratos.

Libro Cuarto.- Se ocupa de las acciones y el último título a los juicios públicos.

Manuscritos de las Instituciones.- El más antiguo, que está conservado en la Biblioteca particular de **Verona** y se remonta al siglo VII, no está completo. Entre los completos hay cuatro anteriores a **Irnerio**, de los siglos IX, X y XI y unos diez anteriores a **Accursio**; los demás pertenecen generalmente a los siglos XIV y XV[165].

LAS NOVELAS (NOVELLAE)

Después de la confección de estas diferentes obras, Justiniano, que reinó aún cerca de 30 años más, continuó publicando decretos particulares, por los que alteraba, a veces lo que había establecido. *Estas nuevas constituciones, llamadas* ***Novelas***, se escribieron parte en latín y parte en griego, en un estilo oscuro y ampuloso. JULIANO, *Profesor de Constantinopla*, hizo (570) un extracto en latín de las 125 Novelas, conocido con el nombre de ***Epitome* o *Liber Novellarum***. Poco después de la muerte de Justiniano se hizo por desconocidos una traducción completa de las Novelas que parece haber recibido la sanción pública. *Llámese* ***Authentica,*** por los glosadores, que en el siglo XII la pusieron en nueve partes, llamadas *colaciones*, compuestas cada una de muchos títulos o Novelas. Los glosadores no comprendieron más que 95 novelas en nueve *colaciones*; *más habiéndose encontrado en el siglo XVI, muchas de las que habían omitido, y que llamaban* ***extravagantes,*** fueron incorporadas en ella, de suerte que *el Corpus contiene 168 Novelas, de las cuales 160 son de Justiniano.* Las Novelas 140 y 144 son de Justino II; las 161, 163 y 164 son de Tiberio II y las Novelas 166, 167 y 168 son edictos del prefecto del pretorio.

Diese el nombre de Novelas a éstas Constituciones, porque promulgadas después de los Códigos, formaban el Derecho novísimo.

---

[165] **SERAFÍNI,** Felipe; *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I, op. cit. pg. 63.

Justiniano publicó el gran cuerpo de su legislación en la lengua latina, la lengua de Occidente. Fue publicado cuando el monarca estaba a punto de emprender la reconquista del Occidente para el Imperio. Salido el mismo de las tierras del Danubio, en que se hablaba el latín, el Emperador expresa en este acto su lealtad a la orgullosa tradición romana de dominio mundial. Pero mientras todo esto es cierto, la causa latina estaba ya pérdida en Constantinopla. El Emperador legislaba en una ciudad griega. En su comisión de legisladores no estaba representada ninguna universidad de Occidente, ni uno solo de sus miembros provenía de la vieja Roma. Muchas de sus innovaciones se derivan de fuentes helenísticas y las nuevas leyes (*Novelas*) que Justiniano promulgó después del año 534 están ya escritas en lengua griega[166].

[166] BAYNES, Norman H.; op. cit. pg. 157 y 158.

Capítulo III
HISTORIA DEL DERECHO ROMANO DESPUÉS DE JUSTINIANO

1. EL DERECHO ROMANO EN LA EDAD MEDIA EN ORIENTE

Con la caída del último emperador romano de Occidente el año 476 d.C. termina la Edad Media, según la división tradicionalmente aceptada de los períodos de la Historia Universal. *El Imperio Romano de Oriente continuó subsistiendo hasta el ocaso de la Edad Media*, no sólo como idea, sino también como realidad, de modo que el Derecho Romano mantuvo su vigencia por ser integrante de un ordenamiento estatal vivo.

JUSTINIANO, *al término de su obra prohibió* (***Constitución "Tanta"***) *cualquier comentario a su Código* y, conminándolo con pena de falsificación...permitiendo, tan sólo traducciones literales al griego y colecciones de pasajes paralelos[167].

Sin embargo esta prohibición no fue respetada, si bien es verdad que la legislación justinianea se conservó durante mucho tiempo como derecho positivo del Imperio Bizantino, sufrió muchos cambios ante todo el idioma latino, que estaban escritas las Instituciones, las Pandectas y el Código, bien pronto se hicieron traducciones al griego debidas a iniciativa privada. Pero la labor fue más allá, porque *desobedeciendo los designios del Emperador Justiniano, los jurisconsultos redactaron índices, comentarios, paráfrasis*, que si bien dieron gran extensión al Digesto, y al Código, hicieron incierto el uso de la compilación de Justiniano.

Sobre el Digesto aparecieron resúmenes o índices que se debieron a TEÓFILO, DOROTEO y *a los profesores de Constantinopla* CIRILO y ESTÉFANO. *Respecto*

[167] KUNKEL, Wolfgang, op. cit. pg. 187.

al Código se conocen obras de TALALEO, ISIDORO, ANATOLIO y TEODORO. Las Novelas también tuvieron interés para los juristas orientales, así existe un resumen que realizó Teodoro y otro de Atanasio de Emesa, durante el gobierno de Justino II.

En el siglo VIII se reinicia la actividad legislativa con algunas citas de jurisconsultos bizantinos publicadas por emperadores, en la que destacan:

PARÁFRASIS DE TEÓFILO - *PARAPHRASIS THEOPHILI*

Estos textos contienen comentarios o paráfrasis griega de las ***Instituciones de Justiniano*** atribuida a Teófilo, uno de los autores de las propias ***Instituciones***, y redactada posiblemente con fines didácticos. El contenido es aproximadamente tres veces más que el texto de las Institutas. Algún discípulo suyo debió reunir los comentarios de dicho profesor en un libro que comprendía el trabajo jurídico más importante del tiempo de Justiniano y que ha llegado hasta nosotros con el título de ***Paraphrasis Graeca Institutionum***.

La importancia de este trabajo es grandísima. Está basado en la antigua versión griega de Gayo con sus correspondientes comentarios, que datan de la Escuela de Berito, muy floreciente durante el siglo anterior a Justiniano. En este libro que será siempre uno de los mejores auxiliares de la exégesis, se halla, pues recopilada gran parte de la antigua tradición[168].

LA EGLOGA LEGUN

EL EMPERADOR LEÓN III, ***el Isaurico*** *y su hijo* CONSTANTINO COPRÓNICO, en la primera mitad del siglo VIII, publicaron una especie de codificación nueva y breve en griego, que se designó con el nombre de ***Egloga***, que no se promulgó para reemplazar el derecho de la compilación justinianea, sino para hacerlo más accesible, en lengua y en espíritu, al pueblo al que debía regir y a los que debían interpretarla. *Fueron los redactores del compendio* NICETAS y MARIANO. Posteriormente se le pusieron varios apéndices, como tres colecciones especiales, una de Derecho Marítimo con el nombre de la Antigua **Lex Rhodia**, otra de Derecho Militar y una tercera que recogía Instituciones de Derecho Privado y Penal encaminada a la tutela de la propiedad rústica[169].

Hacia fines del siglo IX, **Basilio el Macedonio** mandó hacer dos obras abreviadas del *Corpus Iuris Civiles*: ***el Procheirón*** y la ***Epanagogue***.

[168] **SERAFÍNI,** Felipe; *Instituciones de Derecho Romano,* Tomo I, op. cit. pg. 81.
[169] ARANGIO-RUIZ, Vicente, *Historia del Derecho romano*, op. cit. pg. 484.

LAS BASÍLICAS

Es la más importante de las compilaciones jurídicas bizantinas post justinianeas, iniciada por el Emperador BASILIO el MACEDONIO *y publicada por su hijo* LEÓN ***el Filósofo*** o ***el Sabio****, redactada en griego, consta de* **60 Libros** *subdivididos en Títulos, Capítulos y párrafos*, resultando de ello el trabajo conocido con el nombre de ***Libri Basilici***; resumiendo sistemáticamente las diversas materias esparcidas por las distintas partes del ***Corpus Iuris Civilis***. Para su redacción no se tuvo presente los originales justinianeos, sino las reelaboraciones bizantinas en griego; *Paráfrasis de las Instituciones de Teófilo* y los *Índices del Digesto* y *Código*. **Las Basílicas** tuvieron amplia repercusión en su tiempo, especialmente a fines del siglo X, en que se rodeó a su texto de amplios comentarios, llamados ***Escolios***, a los que se concedió también valor oficial, quizá debido al **Emperador Constantino Porfirogeneto**. Más adelante se agregó una *segunda serie de escolios* redactados entre los siglos X y XII.

Las Basílicas conservaron vigencia por mucho tiempo en el **Imperio Bizantino**, pero su contenido resultó desproporcionado para la escasa cultura de la época. Ello dio lugar a la elaboración de índices y repertorios que facilitaran su manejo. Entre ellos tenemos un índice llamado ***Sinopsis basilicorum***, publicado en el siglo XI y un repertorio denominado ***Tipucitus***, que parece haber sido de la misma época.

Las Basílicas y sus Escolios fueron arrancados del olvido en que se hallaban y colocados entre los materiales más apreciados de nuestra ciencia gracias a la labor de los jurisconsultos del siglo XVI. *Su importancia histórica es enorme*, no sólo porque gracias a ellos es posible distinguir con bastante claridad en la compilación las concepciones dogmáticas predominantes en la época de Justiniano y colmar lagunas y corregir errores de la tradición manuscrita del Digesto y del Código, sino porque ayudan a descubrir las interpolaciones justinianeas y los criterios que los inspiraron.

HEXABIBLOS O PROMPTUARIUM

Es un manual de Derecho Civil bizantino escrito en el año 1345 por el Juez de Tesalónica ***Constantinus Harmenopoulus***[170]. Ha estado vigente en **Grecia** teniendo fuerza de ley hasta el año 1946. El manual está dividido en 6 libros y está basado en extractos de compilaciones bizantinas anteriores, como el ***Procheiros***

[170] **Constantinus Harmenopoulus**, nació en Constantinopla en el año 1310 y murió en esta ciudad hacia el año 1380 o 1383; a la edad de 25 años era profesor de derecho y en torno a los 40 años fue designado Juez Supremo de Tesalónica y Prefecto de dicha ciudad.

Nomos de **Basilio** o la ***Synopsis Basilicorum***, los ***Basilicos*** de León VI (discutible), las ***Novellae*** de los emperadores bizantinos: **León el Filósofo, Constantino Porfirogenito, Basilio el Joven, Alexis** y **Manuel Comneno**.

Recepción del Hexabiblos.- en cuanto a la fecha de publicación del *Hexabiblos*, durante bastante tiempo se pensó que databa de mediados del siglo XII, sin embargo, lo cierto es que fue publicado en el año 1345, como puso de manifiesto **P. Lambecius**, el cual descubrió en la *Biblioteca de Viena* un manuscrito, del que resulta que ***Hexabiblos*** y la ***"Epitome divinorum sacrorumque canoni"*** de **Harmenopoulus** datan de esta fecha.

El ***Hexabiblos*** ha sido objeto de numerosas ediciones, siendo la más antigua (**editio princeps**), toda ella escrita en griego, del año 1540, la cual fue publicada por primera vez en París por Teodorico de Suallemberg; la primera traducción en lengua latina que aparece en Colonia en el año 1547 es obra de Bernardo de Rey, y será ***Dionisio Godofredo***, editor del *Corpus Iuris*, quien publica en Ginebra en el año 1587 la primera edición bilingüe de la obra en latín y en griego[171].

En las restantes partes del Oriente de Europa el Derecho Musulmán ha prevalecido.

2. EL DERECHO ROMANO EN LA EDAD MEDIA EN OCCIDENTE

Como consecuencia de las victorias de los bárbaros en Occidente, se aplicó en su territorio ***el sistema de la personalidad de las leyes*** *– a los romanos el Derecho Romano y a los bárbaros sus costumbres.* Al ser reconquistada Italia renace la supremacía del Derecho Romano, entrando en vigor la Compilación de Justiniano, que deroga las leyes dictadas en las regiones sometidas. Aunque el dominio bizantino no fue muy prolongado, el Código, las Instituciones y las Novelas siguieron estudiándose. El Digesto no corrió la misma suerte y prácticamente cayó en el olvido.

2.1. LOS GLOSADORES

Llamados así por las *"**glosas**", comentarios o anotaciones marginales a los textos del Corpus Iuris Justinianeo.* Eran maestros y profesores de la Escuela de Artes, en la que, junto a los estudios de gramática y retórica introdujeron estudios de jurisprudencia. El primero de quienes sabemos que enseñase el derecho

[171] QUINTANA ORIVE, Elena; Trabajo: "*Un manual de derecho bizantino: el **Hexabiblos** de Constantinus Harmenopoulus*", Universidad Autónoma de Madrid, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLI (2008).

en la escuela de Bolonia fue **PEPO**, a quien siguió el "***magister artium***" **IRNERIO** o **WERNER**[172] (entre 1055 y 1130), que al descubrir del Digesto convierte a esta disciplina en independiente y le da un carácter científico sirviéndose de la gramática y de la lógica escolástica. *La Universidad de Bolonia* que nace como fundación privada y que sucede a la primitiva Escuela de Artes, adquiere fama en toda Europa y a ella acuden numerosos estudiantes atraídos por el prestigio de sus maestros. Esta fama y su extraordinaria expansión se debe a la idea cultural de Roma y a su concepción del Derecho Romano[173].

A partir del siglo XII y por obra de la **Escuela de Bolonia**, se activa el estudio del Derecho Romano en la Península Itálica, fenómeno al que SAVIGNY llama "*la segunda vida del Derecho Romano*", estudios que se difundieron en Francia, Holanda y otros países de Europa Occidental. El fundador de esta Escuela fue el monje **IRNERIO**, *maestro de gramática y dialéctica de* **Bolonia**, ***descubre en la ciudad de Pisa un manuscrito del Digesto***, y organiza estudios y trabajos de investigación en forma exhaustiva. A su muerte le sucedieron en los estudios sus alumnos: MARTINO GOSIA, BÚLGARO, JACOBO DE PORTA RAVENATA y UGO DE ALBERICO. Se destacan también ROGERIO, PLACENTINO,JUAN BASSIANO, PILIO, HUGOLINO, ODOFREDO, *el eximio* AZÓN, que representa la cumbre de la escuela, cuyo ciclo cierra con ACCURSIO; quienes lo comentan interpretando y añadiendo notas o glosas marginales o interlineales, encaminadas a la búsqueda de las soluciones prácticas. Motivo por el cual se les denominó "*Glosadores*".

Con el propósito de tener un mejor conocimiento de esta escuela presentamos algunas características de los glosadores[174]:

IRNERIO (Guarnerius, Wernerius, Warnerius).- Nació en el año 1055, primero fue profesor de gramática en la escuela de Bolonia, más tarde se dedicó a la enseñanza del derecho, siendo el verdadero iniciador de la escuela de los glosadores. Su nombre se halla varias veces en los *placita* del Imperio y de la condesa Matilde. **Odofredo** le llama ***maximi nomini set primus illuminatur scientiae nostrae.***

[172] En los escritos del siglo XII se le da también el nombre de ***Magister Guarnerius*** o ***Wernerius*** de ***Bonnonia***, Odofredo le llama ***primus illuminator scienciæ nostræ*** .- Ver **Antequera, D. José María**, *Historia de la Legislación Romana*, Tercera edición, Madrid, Imprenta a cargo de D. R. P. Infante, 1874, pg, 213.

[173] GARCÍA GARRIDO, Manuel J.; op. cit., págs. 128 y 129.

[174] **SERAFÍNI,** Felipe; *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I, op. cit. pg. 88 a 92.

BULGARO.- Boloñés, que murió de edad avanzada hacia el 1166, tuvo gran autoridad y fue de carácter íntegro, y de elegante y atildada palabra, habiendo sido denominado ***Boca de Oro*** o ***Crisóstomo de la jurisprudencia***. Entre sus más famosos discípulos se cuentan **Juan Bassiano** y **Alberico**.

MARTINO GOSIA.- De Bolonia, tuvo fama por su mérito, no menor que el de Bulgaro, a quien no obstante, fue inferior en dotes morales. *Glosó todo el texto e hizo adiciones a las auténticas del Código*, murió poco antes de Bulgaro.

JACOBO.- Boloñés, contemporáneo de **Graciano**, fue muy apreciado y murió el 11 de octubre de 1178. Se conservan de él *glosas y reglas de derecho* y es recordado con frecuencia en las ***Dissensiones dominorum***.

BULGARO, MARTINO, JACOBO y HUGO, llamados por antonomasia lso cuatro doctores, gozaron de inmensa autoridad, fueron los fundadores definitivos de la escuela, tomaron parte en la **Dieta de Roncaglia**, y defendieron el Imperio como continuación del romano y representante del poder civil contra las invasiones del poder eclesiástico. Sus mejores obras son las ***glosas***; pero también escribieron ***monografías***, muy apreciables para sus tiempos.

Además de estos glosadores que son los más notables, merecen especial mención:

ROGERIO, discípulo de Bulgaro, el primero que escribió una colección de controversias entre glosadores. **HUGO DE ALBERICO** (***de Porta Ravennate***), contemporáneo de Rogerio, tuvo tanta fama como profesor que debió enseñar en el palacio donde se reunía el ayuntamiento. **PLACENTINO**, natural de Piacenza, de donde tomó su nombre enseñó en Mantua y en Bolonia, y luego en Montpellier (Francia) donde fundó una escuela; regresó luego a Bolonia y a Piacenza, y por último a Montpellier, donde murió en 1192. Fue un verdadero luminar, no solamente por su gran ciencia legal, sino también por su no común conocimiento de los clásicos latinos. **JUAN BASSIANO**, de Cremona, tuvo por maestro a Bulgaro, y por famosos discípulos a Azón, Carlos, de Tocco y Nicolás Furioso. Enseñó en Bolonia a últimos del siglo XII, y Azón y Accursio difundieron sus opiniones.. Era conciso en la forma y admirable por la agudeza de su ingenio y por su pericia en las artes liberales.

AZÓN, que nació en hacia la mitad del siglo XII, murió en dicha ciudad hacia el año 1230. Gozó de muchísima fama, tuvo inmenso número de oyentes y tanta celebridad llegaron a alcanzar sus obras, que hicieron olvidar a los antiguos glosadores. Aun entre los prácticos era tal su autoridad, que dio lugar al proverbio: ***«Chi non ha Azzo non vada a Palazzo»***.

UGOLINO (de Presbytero), boloñés, discípulo de Juan Bassiano, famoso como Roffredo, Jacobo de Ardizzon y Odofredo, y murió después de 1233. Tra-

bajó mucho como lector, escritor, juez, y hombre político, y sus obras son: las ***Glosas***, en forma de verdadero Aparato, la ***Summa del Digesto*** y ***del Código***, una colección de ***Distinciones***, las adiciones de la ***Summa de Azón***, la ***Summa*** del derecho feudal y finalmente ***Quaestiones.***

Del segundo período fueron conocidos sobre todo los demás:

LANFRANCO, natural de Crema, profesor en Bolonia y en Vicenza, fue el primero que leyó a un tiempo derecho civil y canónico. **JACOBO DE ARDIZZON**, veronés discípulo de Azón y de Hugolino. Su fama se funda principalmente en una obra que escribió acerca del derecho feudal; pero también glosó las fuentes del derecho romano. **JACOBO BALDOVINO**, de noble familia boloñesa, floreció durante la segunda mitad del siglo XII, gozando de mucha fama como profesor. **CARLOS DE TOCCO**, discípulo de Piacentino, de Cipriano, de Juan Bassiano y de Otón; maestro a su vez del célebre Roffredo, escribió glosas al derecho romano y sumas. **ROFFREDO DE EPIFANIO**, discípulo de Piacentino, Juan Bassiano, Otón, Colpriano, Azón, Carlos de Tocco y Hugolino, leyó primero en Bolonia, y desde 1215 en adelante en Arezzo.

ACCURSIO, con quien termina la pléyade de los glosadores, nació en el condado de Florencia, hacia 1182, muriendo allí hacia 1260. Después de haber enseñado públicamente durante más de cuarenta años, se retiró a su villa para componer en la soledad la ***Glosa magna***, vasta colección de las glosas escritas por sus predecesores y contemporáneos, que le hizo famoso y adquirió gran autoridad, que los tribunales la observaban como ley, porque contenía resumidas y elaboradas las glosas dispersas en la múltiples obras de los maestros de la escuela.

Las Glosadores perseguían fines esencialmente prácticos. Eran juristas italianos que desde fines del siglo XI hasta mediados del siglo XIII laboraron sobre la compilación de Justiniano como Código de Derecho Vigente, procuraban establecer el verdadero contenido de los textos, explicar la trascendencia práctica de cada pasaje, poner de manifiesto y resolver las posibles contradicciones y abstraer de los textos los conceptos y las normas jurídicas. La labor de esta Escuela es recogida por **ACCURSIUS** en la ***Glosa Grande o Glosa de Accursio*** compuesta por este jurista hacia el año 1250.

Además se compusieron breves exposiciones según el orden consecutivo de los títulos de los libros de derecho, las llamadas ***Summae*** que no han de considerarse como obras sistemáticas independientes sino sólo como hojeadas sobre el contenido del secciones respectivas de las fuentes; además las ***Distinctiones,*** que constituyen el principio de una ciencia jurídica sistemática que desarrolla conceptos; monografías y las colecciones de controversias; exposiciones de los

casos jurídicos reales o imaginarios (***casus***) y de las cuestiones suscitadas por estos (***quaestiones***)[175].

BREVE HISTORIA DE LA CIUDAD DE BOLONIA.- Bolonia, ciudad italiana ubicada en el **Norte de Roma** –***Vía Emiliana***- carretera que conduce a Roma. ***Los etruscos fundaron la ciudad de*** **FELSINA (Bolonia)**. *Los ostrogodos* con **Teodorico El Grande** al invadir Roma se apoderaron de **Ravena** y **Felsina**.

Los lombardos con **Lui Prando** *invaden Bolonia* y lo incorporan a su Estado. **Lui Prando** da normas legales e impone las leyes bárbaras. **Pipino El Breve** derrota a los lombardos y **Bolonia** *cede al Papa* **Esteban II**. ***Formado el Imperio Romano-Germánico, Bolonia se incorpora a él***. Producidas las luchas de ***güelfos y guivelinos***. Bolonia se apega a las ideas reales.

A fines de la Edad Media aparece Ravena como ciudad libre.

Los güelfos son partidarios del Papa, opuestos a la vuelta del Derecho Romano. ***Los guivelinos*** son partidarios de los señores feudales.

El Congreso de Bologna y de **Roma** conmemorativo del XIV centenario del Digesto ha enriquecido la literatura romanista con preciosas contribuciones, todas coincidentes con el concepto expuesto, en abril de 1933, en el discurso inaugural en **Bologna** del Ministro de Educación Nacional, S.E. ERCOLE,, quien hubo de destacar que si durante los siglos de la alta Edad Media el recuerdo y el estudio del derecho romano no acallaron del todo en Italia, determinando e florecimiento de numerosas escuelas, especialmente en **Lombardía**, **Romagna** y **Toscana**, es lo cierto que la tradición científica que propagó por segunda vez en todo el occidente de Europa el conocimiento y la vigencia del derecho romano, procedía de Bologna y tuvo su punto de partida y el mayor impulso de difusión, siempre victoriosa, en la feliz iniciativa del bolonés **IRNERIO** y sus discípulos, que de la lectura y de la exégesis del Digesto extrajeron las bases esenciales para el estudio y para la enseñanza teórica y práctica de aquel derecho justinianeo, el cual, merced a ellos y por virtud del movimiento por ellos iniciado, debía transformarse, en poco más de dos siglos, en el derecho común de todos los pueblos civilizados. El profesor GENZNIER, de la Universidad de **Königsberg**, desenvolviendo el tema "***La codificazione giustinianea e i glossatori***", ha sostenido que el *Corpus Iuris* no es un sistema sino una recopilación de materiales jurídicos de seis siglos, en la que fue grande la influencia cristina, para concluir atribuyendo a los glosadores el mérito de la construcción unitaria de la compilación justinianea[176].

---

[175] ENNECCERUS, Ludwig; *Derecho Civil - Parte General, volumen I*, 39ava edición alemana, BOSCH, Casa editorial, Barcelona, 1947, pág. 66.

[176] SARFATTI, Mario; Introducción al Estudio del Derecho Comparado, Imprenta Universitaria, México, 1945, pg. 13 y 14.

2.2. LOS CANONISTAS

La supremacía de "***lex Dei***" sobre la "***lex Romana***" y los principios de la "***honestas***" y las "***aequitas cristiana***" tiene un decisiva influencia en el nuevo derecho por obra de los **Canonistas.** De otra parte, *LA IGLESIA fue la depositaria de y divulgadora de tradición cultural de mundo antiguo.* Monasterios, conventos y capillas regias de las catedrales fueron lugares de estudio y enseñanzas de las artes liberales y también de los derechos: civil y canónico.

La Escuela de los Decretalistas adopta también los métodos de la Glosa y se crea un "***Corpus Iuris Canonici***". *Destacan los nombres de* GRACIANO, BANDINELLI (PAPA ALEJANDRO III) y HUGOCCIO.

Los canonistas legislan también para el fuero externo y llegan a nuevas doctrinas y decisiones que se apartan de las romanas y que tienen una gran influencia sobre el nuevo derecho: así sobre las estipulaciones, contratos y pactos nudos, donaciones y promesas posesiones y herencias juicios y pruebas[177].

Derecho Común y Derecho Romano

Los creadores del *Derecho Común Europeo* *son los* ***comentaristas*** *o* ***consiliatores,*** cuyas obras de comentarios cierran el ciclo del derecho medieval y marcan el tránsito hacia el derecho moderno. Al crear una nueva jurisprudencia con finalidades prácticas completan la labor iniciada por los glosadores en aplicación de los principios romanos a las necesidades de su época. *Esta tendencia utilitaria y práctica se conoce con el nombre de* ***mos italicus,*** en oposición a la tendencia culta o humanista de los juristas franceses denominada por ello ***mos gallicus***[178].

2.3 LOS POSGLOSADORES

A la Escuela de los Glosadores, le sucede en el siglo XIV ***la de los Post Glosadores, Prácticos, Escolásticos, Bartolistas, Dialécticos y Comentaristas-***[179]que llegan hasta el siglo XVI. ***Los consiliatores, comentaristas o prácticos son los verdaderos fundadores de la jurisprudencia europea y convirtieron***

---

[177] GARCÍA GARRIDO, Manuel J.; op. cit. pag. 130.

[178] GARCÍA GARRIDO, Manuel J.; op. cit. pag. 131.

[179] *Los Pos glosadores no se contentaron con aclarar pasajes oscuros sino que confrontaron y revisaron el Derecho Romano con otros ordenamientos jurídicos, como el Canónico, el Estatutario, el Consuetudinario y las leyes imperiales y feudales.* Fue **Bartolo** así como combinó sagazmente los conceptos canónicos con los del Derecho Romano, ante una nueva realidad, principalmente Itálica, que exigía soluciones jurídicas.
VARGAS PRADA, Julio; *Derecho Marítimo,* 2da. Ed, Editora Jurídica Grijley EIRL, Lima, 1995, pg. 22 y 23.

al Derecho Justinianeo en el derecho común de toda Europa. Buscan las teorías fundamentales contenidas en el ***Corpus Iuris***, ejercitándose en el estudio de las *glosas* de los juristas anteriores y no en los textos justinianeos encontrados. *Reciben el nombre de Comentaristas porque sus integrantes efectuaron comentarios sobre instituciones concretas* y *Post Glosadores porque glosaron las glosas de sus antecesores*, contribuyendo poco a la ciencia del Derecho Romano puro, pero sí lograron dando entrada a conceptos ajenos al Derecho Romano, adaptarlo al estado económico y social de la época. *Se extinguió la Escuela de los Comentaristas al iniciarse el Renacimiento con el florecimiento del Humanismo.*

Los más famosos profesores de derecho de la segunda mitad del siglo XIII son: ODOFREDO que representa la transición de los glosadores a los postglosadores; GUILLERMO DURANTIS, cuyo ***Speculum Juris*** (o mejor *Judiciale*), es una amplia reelaboración del derecho civil y procesal, obtuvo en la teoría y en la práctica el máximo predicamento; CINO (amigo de Dante y de Petrarca), *que importó a Italia el método dialéctico que se formó en Francia*, pero que revela en su obra, sobre todo en sus comentarios al Código, gran sentido práctico y sana originalidad.

Siguen los principales representantes de la escuela: **BÁRTOLO** (1314-1357) y su discípulo **BALDO DE UBALDIS** (1327-1400). *Bártolo, discípulo de Cino*, tuvo en vida y durante más de un siglo después de su muerte un prestigio ilimitado, considerándosele como la primera autoridad de todas cuya fama llegó a ser tan universal que se afirmaba: ***nemo iurista nisi bartolista***[180].

BARTOLO DE SASSOFERRATO, máximo autor de esta escuela, probablemente el jurista occidental que durante su vida y posteriormente, acumuló más fama, *es considerado como el más grande jurista y jurisconsulto de la Edad Media.* Nacido en 1314, en la población de **Sassoferrato**, murió en **Perusa** en 1357. Estudió derecho en la Universidad de **Boloña**, se doctoró en 1334, fue profesor en el Estudio de Pisa y más tarde pasó al Estudio de Perusa, donde quedó hasta su muerte.

La universidad de esta ciudad tenía la norma de nunca admitir a sus cátedras a ciudadanos de Perusa misma, regla relativamente sensata, por la que se quiso excluir presiones por parentesco o amiguismo en la ocupación de las cátedras; sin

[180] **Bártolo** murió a los 43 años y a pesar de su corta vida (1314 - 1357) **llegó a ser una especie de dios de los juristas** y del ***mos italicus***. La obra de Bártolo se conocía en toda Europa. En Italia se crearon cátedras especiales para estudiarlo.- según refiere **Koschaker** mencionado por García Garrido en su obra citada.

embargo, el prestigio de Bártolo era tal, que se hizo una excepción expresa a esta regla[181].

Era amigo de Dante y "comensal" del emperador (o sea, recibió el privilegio de poder presentarse en cualquier momento con el emperador para participar en sus comidas).

Bártolo integró la generación de los Pos glosadores, quienes no se contentaron con esclarecer aspectos del *Corpus Iuris Civilis Romanus*, sino que engarzaron el Derecho Romano con la realidad de su tiempo, facilitando la vigencia y efectividad. En sólo 43 años existencia, el jurista de Sassoferrato realizó la hazaña de comentar toda la herencia jurídica del Lacio. ***Sus voluminosos Comentarios*** abarcan el ***Digestum Vetus, Infortiatum, Digestum Novum, Codex, tres Librix, Authenticum e Institutiones.*** A esto se agregaban sus trabajos monográficos, lo mismo de derecho privado y procesal, que de penal, canónico y público, así como sus dictámenes y consejos.

La importancia de **Bártolo** se puede resumir en la frase: ***"nullus bonus jurista nisi sit bartolista"*** ("*no se es buen jurista si no se es bartolista*"), era sentencia común de Europa.

Enseñó en Pisa y Perugia. Sus obras se distinguen por su práctica utilidad, su segura configuración de la doctrina dominante y por algunas ideas nuevas. ***Escribió grandes comentarios a todas las partes del Corpus Iuris*** y obras menores, ***consilia, quaestiones,*** etc.

BALDUS, el más famoso de los alumnos de Bártolo fue **Baldus de Ubaldis,** 1227. Probablemente inició sus estudios de derecho en Pisa, pero ya pronto lo vemos como alumno de Bártolo, en Perusa, donde se recibió de doctor en Derecho en 1344. Luego inicia su vida de erudito ambulatorio, siempre colmado de honores; asó lo vemos departiendo clases en las universidades de Bolonia, Perusa, Pisa, Florencia, Padua y Pavía; y paralelamente con su actividad docente, estuvo firmemente arraigado en la problemática jurídica de la práctica italiana. *No siempre estuvo muy de acuerdo con su famoso maestro* (e inclusive lamenta, en algún lugar, que Bártolo seguramente se encuentre en los infiernos, a causa de determinada opinión sobre cierto problema jurídico); no estar de acuerdo con su maestro, es algo perdonable (un buen maestro inclusive se alegra de ver independencia entre sus alumnos, siempre que se queden dentro de las normas académicas...[182])

---

[181] **MARGADANT, Guillermo F.**; *La Segunda vida del Derecho Romano*, Primera edición, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa S.A., México, 1986. Pg. 131-133.

[182] **MARGADANT, Guillermo F, op. cit. pg. 133 y 134.**

Aplicando términos y conceptos roma nos, Baldus sigue la tendencia general de los **Eltramontani**[183] y **Postglosadores**, y contribuye a la estructuración de un sistema jurídico de nuevas instituciones, desconocidas en la antigüedad (por ejm., sus *consilia* sobre la letra de cambio, el *cambium*). Sobrepuja a Bártolo en originalidad, pero su exposición es más prolija y pesada y no exenta de contradicciones. *Escribió **comentarios a las Pandectas y al Código** y* otras obras numerosas[184].

Los comentaristas fueron los creadores de una doctrina jurídica sistemática, convirtiendo el método de los glosadores mediante la utilización de la lógica y dialéctica escolástica en el instrumento profesional del jurista. *En la creación de un sistema jurídico supieron superar las contradicciones del derecho romano y el derecho canónico y del derecho común y de los derechos locales y regionales.* El Derecho Romano venía considerado como el ***ius commune*** para las cosas temporales, mientras que el derecho canónico lo era para las cosas espirituales. Los derechos locales eran ***iura propia*** o derecho especiales subordinados al derecho común y al *principio de especialidad*[185].

3. EL DERECHO ROMANO EN LA EDAD MODERNA (RENACIMIENTO)

A inicios del siglo XVI el Derecho Romano cobra renovados bríos, debido al retorno del estudio de los grandes clásicos griegos y romanos, estudio que se manifiesta en todas las actividades del espíritu, por lo que las artes y las letras resurgen de manera importante.

La corriente renacentista influye en el contexto jurídico por la inevitable atracción que ejerció en el mundo social el estudio del Derecho Romano, se encamina a la búsqueda de la verdad histórica en los textos anteriores a Justiniano y a su aplicación en la vida práctica.

3.1. EL HUMANISMO JURÍDICO

El Humanismo en el Derecho está representado principalmente por los juristas franceses *JACQUES CUJAS* o CUJACIO y HUGO DONELLUS o HUGO DONEAU, tiene como finalidad el retorno a las fuentes originales del Derecho Romano.

---

[183] ULTRAMONTANI, corriente de juristas franceses, vistos desde Italia se encontraban "*más allá de los Alpes*" o sea "*más allá de las Montañas*", cuya circunstancia motivó el nombre de *Ultramontani*, y cuya sede principal fue la **Universidad de Orleáns**, la cual pudo aprovechar el florecimiento de los estudios *iusromanistas*...Véase **Guillermo Margadant**, op. cit. pg. 123.

[184] ENNECCERUS, Ludwig; op. cit pág. 68.

[185] GARCÍA GARRIDO, Manuel J.; op. cit. pag. 131 y 132.

JACQUES CUJAS ***funda el método exegético histórico***, al analizar profunda y detalladamente las fuentes del Derecho Romano, especialmente las de los jurisconsultos clásicos y, el segundo **HUGO DONEAU** ***fundador del método histórico crítico***, considera que el Derecho se halla enlazado a sus principios generales.

Uno de los principales exponentes de esta corriente es el holandés **HUIG VAN GROOT** o **HUGO GROCIO**, que nació el 10 de abril de 1583 en **Delft** en el seno de una familia calvinista y murió en **Rostock**, el 28 de agosto de 1645 fue un hombre dotado de una gran cultura universal, y después de *Erasmo*, el representante máximo del humanismo holandés.

GROCIO ha dejado una obra original en todos los campos de su actividad. En lo jurídico, *se le suele considerar* ***el Padre del Derecho Internacional Público***, aunque es considerable su labor sistematizadora de la nueva disciplina, es indiscutible que *fue continuador de la Escuela Salmantina*, iniciada por **Francisco de Vitoria**, uno de cuyos discípulos, **Francisco Suárez** influyó de manera muy importante en su pensamiento.

Sus obras jurídicas más importantes son: ***De Iure Belli ac Pacis*** (1625) y ***De Iure Pradae*** (escrito en 1604 y editado en 1869) en cuyo capítulo XII titulado ***Mare Liberum***..., *proclama la libertad de los mares, defendiendo los derechos holandeses de comercio con las Indias Orientales*[186].

3.2. ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

Sobresalen en esta Escuela **JUAN OLDENDORP** (1480-1567) y **SAMUEL PUFENDORF** (1632-1694) *que sostienen que si la base del derecho es* ***la razón humana*** no se debería inspirar el derecho en otro tipo importado y autoritario. Es una Escuela que se dice partidaria del romanismo, aunque en algunos casos incompatible con él.

El verdadero autor del Renacimiento entre los juristas fue el milanés **ANDRÉS ALCIATO**, de **Alzate**, en el **Milanesado** (1482-1550). *Fue el restaurador de los buenos estudios, y representa en la Ciencia del Derecho el principio de la Edad Moderna* y la definitiva caída de la Edad Media. Pero, salvo excepciones, su ejemplo no tuvo secuaces en Italia y, por el contrario, durante los 11 años que pasó en **Aviñón** y en **Bourges**, tuvo meritísimos discípulos, administradores sinceros, y en conjunto un terreno tan propicio que la semilla fructificó en **Francia**.

[186] El jurista y erudito inglés **John Selden** escribió entonces su obra ***Mare Clausum*** (1635), en la que defiende la postura inglesa favorable a "***Mares cerrados***", como respuesta al Tratado ***Mare Liberum*** del holandés **Grocio**, *que abogaba por la libertad de los mares.*

Al comienzo de la consideración humanística del Derecho Romano (es decir la llamada "***Jurisprudencia Elegante***", junto al italiano Andrés Alciato se encuentra también un jurista alemán **ULRICO ZASSIO** (1461-1535) profesor y notario de Friburgo de Brisgovia.

Francia, donde ensenara **Alciato** de tiempo en tiempo, *vino a convertirse en la verdadera patria del humanismo.* Con la ***Escuela de Bourges***, principalmente, la jurisprudencia humanista alcanzó su mayor esplendor.

4. EL DERECHO ROMANO A FINES DE LA EDAD MODERNA (SIGLOS XVII Y XVIII).

En este período hay una decadencia del estudio del Derecho Romano, pues se inicia un amplio movimiento orientado a substituirlo por ordenamientos jurídicos modernos, sin embargo, se distinguen por sus trabajos jurídicos, jurisconsultos de Francia y Alemania, tal es el caso de los franceses **JUAN DOMAT** (1625-1696) y **ROBERTO JOSÉ POTHIER** (1699-1772), quienes a través de su obras influyen en forma importante en el movimiento codificador que se realiza en Francia. La obra de DOMAT ***considera el Derecho Romano como la Ratio Scripta de posible aplicación a todos los pueblos, y sirve como prefacio del Código de Napoleón***[187]; en cuanto a la de POTHIER está prácticamente destinada a aquél que sirve de base a la mayoría de los códigos que regulan el mundo moderno.

Por último, el profesor alemán **JUAN TEÓFILO HEINECKE** o **HEINECIUS** (1681-1741) destaca con sus investigaciones acerca de la historia del Derecho Romano, en donde muestra un retorno a la jurisprudencia humanística.

5. EL DERECHO ROMANO EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA

La Revolución Francesa de 1789 *marca el inicio de la Edad Contemporánea*, fecha en la que se inicia un período de codificación en el centro de Europa[188],

---

[187] *CODE CIVIL FRACAIS.*- 12 Aout 1800- *nomma una Commission chargée de rédiger un projet de Code Civil, composée de quatre membres*: **TRONCHET**, *Président du Tribunal de Cassation. Etait Président de la Commission;* **PORTALIS**, *fortement imbu des principes du Droit Romain*; BIGOT **PREAMENEU**, *Membre* et **MALEVILLE**, *Secrétaire rédacteur.*

[188] El génesis del Proceso Codificador según **FRANZ WIEAKER** comenzaría en Europa Central con la dación de los códigos de **Baviera**. Estos cuerpos legislativos auspiciados por el príncipe **Maximiliano José III** son: el ***Codex Iuris Bavarici Criminalis*** de 1751, a éste siguió el ***Codex Iuris Bavarici Judicialis*** (Ordenanza de Procedimiento Civil) y en 1756 el ***Codex Maximilianus Bavaricus Civilis.***

que va a producir como resultado un nuevo florecimiento del Derecho Romano, que alcanza su máximo esplendor en el siglo XIX.

Con la ***ESCUELA HISTÓRICA*** nacida en **Alemania** y sus investigaciones se da al estudio del Derecho Romano un nuevo impulso. Como representante principal destaca **FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY** (1779-1861) al que se ha considerado el más extraordinario jurista de su tiempo. *Su concepción del derecho como producto histórico que cada pueblo elabora y su fuente es el espíritu popular, nos guía a estudiar el Derecho Romano en su forma moderna.* **Sus obras: *El Derecho de la Posesión, Sistema del Derecho Romano Actual, Historia del Derecho Romano en la Edad Media,*** resplandecen entre las obras igualmente importantes.

En sí misma, *la concepción histórica era realmente antigua.* Ya en el último tercio del siglo XVIII, en la contracorriente iniciada, se había revelado contra el radicalismo del *Derecho natural.* El mismo SAVIGNY llamó a JUSTO MÖSER predecesor suyo, y a GUSTAVO HUGO su maestro. Y hubiera podido añadir a éstos otros muchos[189]. Antes que todos, JUAN GODOFREDO HERDER, como lo ha demostrado EHRENBERG de un modo notable, no sólo había inspirado al punto de vista histórico el alma de su desenvolvimiento ulterior, sino que dentro de la nueva concepción colocó el Derecho precisamente junto a la religión y a la lengua, anunciando por tanto, la doctrina fundamental de Savigny y anticipándose a la comparación de éste entre el Derecho y el lenguaje[190]. El cambio en el modo de de concebir el Derecho, no fue en substancia más que una de las manifestaciones principales del cambio general de las ideas, que había minado ya la construcción orgullosa del *racionalismo*, cuando la gran revolución se aprestaba a dar a la realidad una nueva estructura. *Fallida la prueba y proclamada por tanto, la bancarrota del derecho racional*, surgió poderosa la

[189] Entre los juristas **Landsberg**; **Juan Federico Reitemeier**, y **Cristián Deogracias Biener**. **Reitemeier**, a quien **Landsberg** llama «*inmediato precursor*» de la Escuela Histórica, expone en su *Enciclopedia e historia de los Derechos de Alemania* el punto de vista histórico; pero trata de ponerlo en armonía con las concepciones del *Derecho natural*, mientras que **Möser** y ***Hugo*** *las combaten*. **Biener**, cuyos *Commentarii de origine et progressu legum juriumque Germanicorum* apreciaron de 1787 a 1795, impulsó eficazmente la historia del Derecho alemán.

[190] **Von Bethmann-Hollweg** principalmente ha sostenido que el genio creador de quien realmente proceden las ideas de **Savigny**, es **Herder**. *Cuan fuerte fue el impulso que la obra de* **Montesquieu** *sobre* ***El Espíritu de las Leyes***, publicada en 1848, dio a los fundadores de la concepción histórica en el Derecho, lo demuestran las referencias de **Möser**, **Reitemeier**, **Herder**, **Hugo** y **Savigny**. Es bien conocida la influencia de **Bertoldo Jorge Niebuhr** sobre **Savigny**.

idea del ***Derecho histórico***, y obtuvo la victoria. Prosperó e influyó en los espíritus: no formulada todavía, dio nueva vida al trabajo científico y le prestó el impulso necesario para elevar a un alto grado así el cultivo del ***Derecho romano*** como el del ***Derecho germánico***[191].

En este punto, pues, la concepción genial de Savigny fijó el destino de la jurisprudencia alemana. La nueva doctrina contenida en su teoría, se apoderó fácilmente de los espíritus impresionables. Con su elaboración del pensamiento profunda y clara a la vez, con el vuelo sugestivo de su elocución grandiosa, con su riqueza en brillantes rasgos geniales, la obra ***Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*** (*De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho*) ejerció sobre los contemporáneos un encanto fascinador. Con ella tan sólo el sentido histórico del Derecho adquirió una importancia inmediata para la vida, para el trabajo científico profesional y para la práctica diaria. Sin embargo este trabajo apareció con la ocasión de combatir la pretensión, sostenida por Thubaut[192] con patriótico entusiasmo, de que se promulgara a la mayor brevedad un ***Código civil alemán***.

Lo sustancial de la nueva teoría es eterno. *Se trata de aquellas verdades que, una vez descubiertas, no pueden volverse a perder. Ha pasado ya a ser carne y sangre nuestra la idea de que el Derecho es un producto histórico de la vida común humana*; de que su nacimiento y modificación no son sino una parte del proceso general de la cultura, y de que su estado actual se condiciona y determina con la mutua acción y reacción entre su fuerza ordenadora y las otras fuerzas vivas en las restantes funciones del organismo social[193].

Para SAVIGNY: "***El Derecho en realidad no existe por sí; es más bien la vida misma del hombre mirada desde un punto de vista especial***".

El Derecho tiene su fundamento en la vida espiritual del pueblo, de suerte que toma su *fuerza vital* de las mismas raíces que cualquier otro género de actividad anímica y de cultura. Aplicamos el *sentido histórico*, esto es, que elevándonos sobre nuestra individualidad, *nos consideramos como viviendo en la historia*, existiendo bajo las varias influencias del pasado y del presente, y desapareciendo en

[191] **SAVIGNY, EICHORN, GIERKE, STAMMLER**; ***La Escuela Histórica del Derecho -Documentos para Estudio-***; Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908, pg. 112 y 113.

[192] El folleto de **Antonio Federico Justo Thibaut** (1772-1840), ***Sobre la necesidad de un Código civil general para Alemania*** (***Über die Notwendigkeit eines allgameinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland***: Heidelberg, 1814), se desenvolvió por completo en el círculo de las ideas del *Derecho natural*.

[193] **SAVIGNY, EICHORN, GIERKE, STAMMLER**; op. cit. pg. 114 y 115.

lo futuro según las mismas leyes, a la manera como retrospectivamente podemos contemplar cual se desliza todo el pasado.

'En realidad es no con la letra, sino con el espíritu primitivo, como recientemente podemos estudiar las formas antiguas'.

Dentro de la Escuela Histórica surge una nueva disciplina jurídica, ***LA PANDECTÍSTICA ALEMANA***, *que desarrolla también sus conceptos basada en el Derecho Romano*; entre los jurisconsultos destacados de esta Escuela se encuentra el alemán RUDOLF VON IHERING (1818-1892), *quien orienta la Pandectística hacia el naturalismo jurídico y enriquece la ciencia del derecho encontrando instituciones y principios no descubiertos.* Destacan entre sus obras ***El Espíritu del Derecho Romano, El Fin del Derecho*** y ***La Lucha por el Derecho***.

Paralelamente a esta Escuela florecen en Alemania los grandes historiadores del Derecho Romano, entre los que sobresalen TEODORO MOMMSEN, con sus obras: ***Derecho Penal Romano*** (***Römisches Strafrecht***); ***Derecho Público Romano*** (***Römisches Staatsrecht***, 1893) e ***Historia de Roma*** (***Römische Geschichte***, 3 vol. 1854-1856, abarca hasta la época de César), ; NIEBUHR, ***descubridor de las Instituciones de Gayo***, y OTTO LENEL, ***reconstructor del Edicto Perpetuo***, BERNARD WINDSCHEID (1817-1892) escultor del Derecho Civil[194].

Sin embargo, el movimiento codificador iniciado en el siglo XVIII, con resultados como el ***Código de Prusia*** (1794), le ***Code Civil Français*** de Napoleón (1804) y el ***Alemán*** (1900) despojan al Derecho Romano de su carácter de derecho positivo.

Por último en la época contemporánea son varios los países europeos en los que destacan grandes romanistas; en Alemania: Kaser, Kreller, Kunkel y Schlz; En Italia: Vicente Arangio-Ruiz, Biondo Biondi, Pietro Bonfante, Francesco Buonamici, Salvatore Riccobono; En España: Ursicino, Álvarez Suárez, Arias Ramos, Alvaro D'ors, Juan Iglesias, Santa Cruz Teijeiro, entre otros, en Francia: Edouard Cuq y Paul Frédéric Girard, Eugène Petit.

"Después de Alemania -escribe Castillejo- corresponde a Italia la contribución más importante a los modernos estudios de Derecho Romano. Sigue Francia". Pero agrega el mismo autor, "participan en el movimiento renovador Bélgica, Inglaterra, los Estados Unidos y otros países".

---

[194] B. WINDSCHEID, con su *Tratado de Derecho de las Pandectas*, que además de haber proporcionado el modelo de los tratados posteriores, dejó sentir su influjo también en el Código civil Alemán.

En América Latina el Derecho Romano se ha enseñado con mayor o menor intensidad desde la época colonial; hoy en día la materia sigue siendo obligatoria en casi todas las Facultades y Escuelas de Derecho. En cuanto a la investigación romanista puede apreciarse su interés principalmente en países como Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México y Perú.

Y para concluir esta parte referente a la Historia del Derecho Romano, recogemos las palabras de LIZARDO ALZAMORA SILVA, resaltando la importancia de la materia, *al prologar el texto de Derecho Romano del Doctor Lizardo Alzamora* quien fue catedrático principal titular de Derecho Romano de la Universidad Mayor de San Marcos:

"Convencido de la trascendental importancia que tiene el Derecho Romano como disciplina jurídica esencial para quienes se dedican a la investigación, al ejercicio y a la aplicación del derecho y con el propósito de tributar el mayor y más justo homenaje filial a quien consagró toda su vida al derecho, en el pensamiento y en la acción, reedito dichas lecciones, con la esperanza de despertar mayor entusiasmo entre los estudiantes de la Facultad por el estudio del derecho tan claro, tan pleno de equilibrio como aquél que floreció en Roma, de un derecho que permite a quien lo posee resolver con acierto, con justicia y con equidad la mayor parte de los problemas jurídicos contemporáneos y de un derecho que no ha perdido su sentido de adecuación y objetividad, a pesar de su existencia milenaria".

Capítulo IV
LA RELIGIÓN DE LOS ROMANOS

1. GENERALIDADES SOBRE LA RELIGIÓN ROMANA

En los últimos siglos antes de Cristo y en los primeros de la era cristiana Roma era la capital de un enorme y variado imperio, que compendia todo tipo de razas, religiones y etnias. En el curso de una serie de guerras había conquistado la mayor parte de Europa y de Oriente Medio. Los Celtas de Gran Bretaña, Francia y Alemania se habían convertido en parte del Imperio romano, al igual que las regiones orientales de Siria y de Asia Menor, que durante mucho tiempo habían disfrutado de una cultura completamente diferente. En el sur, los pueblos fenicios del norte de África habían sido sometidos después de las Guerras Púnicas, y hasta Egipto, con la más antigua civilización conocida, cayó bajo el dominio de Roma el 31 a.C. El más influyente de los pueblos sometidos fue ***el griego***, pueblo al que los romanos habían estado muy unidos durante más de cuatrocientos años y al cual habían absorbido finalmente en el 146 a.C. *Los griegos eran mucho más avanzados y originales que los romanos, a los que habían proporcionado desde muy antiguo muchos de los mitos e ideas sobre los propios dioses*, de modo que *es difícil hablar de religión «romana» como de algo aislado.* ***La religión romana es esencialmente el resultado de la fusión de elementos primitivos latinos y griegos***[195].

En **Grecia** y después en **Roma** *es un diálogo el que se establece siempre entre dioses y los hombres*. En **Etruria** *éstos se callan y parecen escuchar con temor el monólogo del Dios*. La cuestión, sin embargo, debe ser examinada de cerca. Por el estudio de los rayos, de las entrañas de las víctimas, de los prodigios, el sacerdote

[195] OGILVIE, Robert M.; *Los Romanos y sus Dioses*; Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1995, pg. 12 y 13.

etrusco, el arúspice, lograba descifrar, gracias a su ciencia, el estado del mundo y la voluntad de los dioses.

En un discurso pronunciado por **Cicerón** contra **Clodio**, en el año 56 a.C. titulado ***De haruspicum responso*** el orador nos hace el siguiente relato: *Un estruendo subterráneo se había escuchado en el Lacio* y este fenómeno, sin duda de origen volcánico, había sido considerado en Roma como cargado de amenazas. El Senado, en vista de ello, hizo un llamado a los **arúspices** y la respuesta de éstos fue la siguiente: El prodigio revelaba la cólera de un cierto número de dioses, **Júpiter**, **Saturno**, **Neptuno**, **Telo**, deidades celestes y terrestres. En segundo lugar, las causas de esta irritación estaban claramente indicadas. *Era la negligencia de los hombres en el cumplimiento de los ritos religiosos*, eran los recientes e impíos asesinatos. *¿Qué porvenir era el que había sido anunciado de esta manera? Se anunciaba, naturalmente, un porvenir sombrío como había sido sombrío y fuerte el estruendo proveniente del seno de la tierra.* Era necesario temer la discordia. Había peligros que amenazaban a los mejores ciudadanos y existía el riesgo de ver a individuos tarados elevarse en dignidad y al estado debilitarse y trastornarse por una revolución[196].

HERODOTO, el padre de la historiografía griega, dice en un pasaje (II 53, 1-2) «puede decirse que hasta ayer o anteayer los griegos no conocían el origen de los distintos dioses, ni si todos ellos eran eternos, ni cuál era el aspecto de cada uno. Pues yo creo que **Homero** y **Hesíodo** nacieron, a lo sumo, cuatrocientos años antes que yo. Y ellos son los que han establecido los nacimientos y parentescos de los dioses, les han dado sus nombres, distribuido sus cargos y oficios y fijan su figura»[197].

La descripción que da **HOMERO** *de los dioses, de su aspecto externo, de sus aspiraciones, de sus actividades, se imprimió desde el comienzo en la imaginación de los griegos*, y tal como Homero describió a los dioses, así los vieron también los artistas. Entendidas así las palabras de **Herodoto** de que **Homero** *creo a los dioses son exactas*, si bien Homero no los creó en verdadero sentido de la palabra «crear», pues los dioses son mucho más antiguos que él. Aunque se suelen poner también bajo el nombre de **Homero** concepciones contenidas en sus poemas que se remontan a la época heroica micénica, *él es quien creó el Estado de los dioses bajo la soberanía del dios supremo* **Zeus**. Zeus es el rey, los demás dioses son sus vasallos; a su lado existe un «*proletariado de dioses*», eventualmente convocado a asamblea divina.

---

[196] RAYMOND BLOCH; *La Adivinación en la Antigüedad*, Primera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, S. A., México, 2002, pg. 50 a 52.

[197] HERODOTO; ***Los nueve libros de Historia***, 5ta. Edición, Editorial EDAF, S. A., Madrid, 2001, II, 53, 1-2.

HESIODO *ordenó la innumerable muchedumbre de los dioses en un árbol genealógico que comienza con el nacimiento del mundo* (creación no sería la palabra exacta, pues al comienzo existía ya algo, el **Caos**, la materia prima sin ordenar). Del **Caos** salió el mundo ordenado, que los griegos llamaron **Cosmos**, ordenación a cargo de **Zeus**, el *Padre de dioses y hombres*. La evolución es concebida del modo entonces únicamente posible, como una especie de genealogía. Del **Caos** surgieron la **Tierra**, el **Tártaro** y **Eros**, el instinto de la reproducción, que puede ser considerado como la fuerza motriz de la evolución. Del Caos nacieron el Erebos y la Noche, que engendraron al **Eter** y al **Día**; la **Tierra** parió a **Urano** (esto es, el **Cielo**), a las **Montañas**, al **Mar**, y de **Urano** engendró al **Océano** y a los **Titanes**. A continuación vienen los linajes de los Dioses. En realidad, este es el comienzo de una especulación cosmológica que, transformada luego en *filosofía naturalista*, siguió empleando durante mucho tiempo nombres mitológicos para sus principios, lo mismo que **Hesiodo** utiliza esos mismos nombres para designar elementos de la naturaleza[198].

La primera obra de **Hesiodo** es la ***Teogonía***, cuya autenticidad cuenta con el testimonio de autores tan prestigiosos en los siglos VI y V a.C. como **Jenófanes**, que atribuye a **Homero** y **Hesiodo** *el antropomorfismo de los dioses*, o **Herodoto**, que remite el origen de las ***Teogonías*** griegas a estos poetas. Esa autenticidad no fue cuestionada hasta muy tarde, hasta el siglo II d.C., y hoy día, salvo algunas excepciones, nadie la discute[199].

En si obra, ***Los Trabajos y los Días***, **Hesiodo**, resalta el perfil humano, en contraste con la ***Teogonía***, cuenta la historia de la Humanidad en cinco etapas: la **edad de oro**, regida por **Crono** y caracterizada por la felicidad y abundancia, hombres que fueron convertidos en **démones**; la **de plata**, una raza destruida por su impiedad; la de bronce, dominados por la guerra que acabó con ellos; la **de los héroes**, que representa un progreso moral respecto a la anterior, y que en parte también víctimas de la guerra y en parte viven felices en las Islas de los Afortunados; y la de la **época de Hesiodo**, azotada por las fatigas y miserias, que será destruida por su *injusticia*. Con esto **Hesiodo** explica a su hermano **Perses** el origen del mal y del trabajo; y *con la fábula del halcón y el ruiseñor* lo pone en guardia a él y a los administradores de justicia, los reyes, sobre el peligro que supone la práctica de la injusticia[200].

---

[198] NILSSON, Martín P.; *Historia de la Religión Griega*, Editorial Gredos, Madrid, 1953 pg. 10 a 12.

[199] HESIODO, *Teogonía*, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2000.

[200] HESIODO, *Los Trabajos y los Días*, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2000.

Un historiador griego **POLIBIO** uno de los más agudos observadores del estilo de vida romano del siglo II a.C., lo resumía al escribir que las cosas suya causa es imposible conocer pueden ser razonablemente atribuidas a un dios o a la **Fortuna**, sino se puede descubrir fácilmente ninguna causa. Pero en los casos en que es posible descubrir las causas, remotas o inmediatas, del suceso o cuestión, no creo que debamos recurrir a la acción divina para explicarlas[201].

La principal característica de la religión romana era la creencia de que todos los procesos importantes eran activados por la divinidad y, a la inversa, que los diferentes dioses se encargaban de funciones y esferas particulares de la actividad. Algunos de los más importantes cultos primitivos muestran en sus nombres como los sencillos agricultores de Roma primitiva se preocuparon por deificar las faenas agrícolas de las que dependía su sustento: **Flora, Pomona** (la fruta), **Consus** («el despensero»), **Ceres** (crecimiento).

En su larga evolución desde una pequeña aldea agrícola hasta una gran ciudad comercial e industrial, **Roma** permaneció apegada a la antiguas formas de culto que tan buen resultado habían dado, pero también introdujo otras nuevas formas conforme empezaron a aparecer en la sociedad nuevas necesidades, nuevas tareas y nuevas actividades. *Una depresión económica* en el siglo V a.C., unida a la *escasez de grano* y a una seria *epidemia*, exigió la institución del culto a **Mercurio** para implorar el éxito de las transacciones comerciales (495 a.C.), a **Ceres** para que activara el proceso de germinación (496 a.C.) y a **Apolo** por su poder de curación (hacia 450 a.C.).

De este modo todo lo que era vital para el bienestar de la sociedad se consideró función de un dios o de una diosa. Una casa es tan segura como lo es su puerta: abrir y cerrar la puerta y el paso de un hombre de la intimidad del hogar al ajetreo del mundo exterior y *viceversa*, pueden ser acontecimientos críticos, y, en consecuencia, se suponía que estaban bajo el poder de un dios, **Jano**. **Jano Patulcio** abría la puerta, **Jano Clusio** la cerraba.

Pero la función no se limita a fenómenos físicos como abrir puertas o dar a luz niños o, incluso, al orto o al ocaso del sol. Muchos objetos naturales, en sí mismos, provocan un asombro que lleva a los hombres a considerarlos algo más que naturales. En el clima cálido y soleado de **Italia** *una fuente de agua fresca o un bosque inspiran una agradable sensación*. Los romanos los tenían por lugares sagrados en los que vivía un espíritu. En un famoso pasaje de los ***Fastos*** (III, 295-6) **Ovidio** escribe: "*Al pie del **Aventino** había un bosque sombreado por encinas negras, que una vez visto podías decir: «Aquí está la divinidad». En el interior había*

[201] OGILVIE, Robert M.; op. cit. pg. 20 y 21.

una pradera, y de unas rocas fluía un manantial de agua viva, cubierto de musgo verdoso", y en los mismos términos **Evandro** habla de un *bosque primitivo* que se extendía por el Capitolio romano: «*Un dios (no sabemos qué dios) los habita*».- **Virgilio**, Eneida, VIII, 351-2.

Plinio el Viejo escribe que «*los árboles eran los templos de los espíritus y, según un antiguo rito, las sencillas comunidades agrícolas todavía hoy dedican un árbol destacado a un dios. Nosotros adoramos las cuevas y los silencios*». Igualmente, **Servio**, el antiguo comentarista de **Virgilio** dice: «*No hay fuente que no sea sagrada*», y hay una gran cantidad de inscripciones y dedicatorias, grabadas en piedra, que lo confirman. Cuando **Horacio** escribió su ***oda a la fuente de Bandusia*** (***Odas***, III, XIII), lo hizo inspirado tanto en las connotaciones religiosas de ésta como por el hecho de que fuera el equivalente antiguo de un refrigerador de agua en un día caluroso. Si no comprendemos eso, no podremos empezar a apreciar lo que la fuente significa para él o de lo que trata el poema.

Minerva, más que las fluctuaciones de la oferta y la demanda, gobernaba la fortuna de la mayoría de las industrias: así, **Filerón**, en la novela de **Petronio**, llama a un hombre polifacético «*un hombre de toda Minerva*» ***Satiricón*** 43, 8. En una ajetreada ciudad comercial como **Ostia** cada gremio adoraba a un dios particular. Los cordeleros del puerto honraban a **Minerva** como su protectora; los que medían el grano adoraban especialmente a **Ceres**; **Marte** era, evidentemente, el patrón de los constructores.

Más allá de los pequeños grupos estaba la comunidad como un todo, con sus necesidades e intereses comunes. Cada ciudad tenía un patrón que reflejaba sus aspiraciones y sus actividades, el cual, posteriormente, se pensó que tenía allí su morada. **Vulcano** era ese tipo de dios de **Ostia**. El sacerdote de Vulcano, normalmente un personaje destacado de la ciudad era responsable no sólo del culto al dios, sino también de las prácticas religiosas generales de la ciudad, lo que ilustra la posición preeminente de la que disfrutaba **Vulcano**. En **Preneste** el papel de patrón lo ocupaba **Fortuna Primigenia**; en **Falerios**, **Minerva**; en **Veyes**, **Juno**[202].

Hacia el siglo I a.C. **Júpiter «el Mejor y el Mayor»** (***Optimus Maximus***), en su imponente templo que dominaba el corazón de la ciudad, era considerado por los romanos su líder, el dios que aseguraba sus éxitos y daba fuerza a todas sus empresas. En el momento culminante de la crisis de **Catilina**, **Cicerón** proclamó que era Júpiter quien se había resistido (a Catilina), quien había querido «*que el Capitolio, que estos templos, que toda Roma, que todos vosotros estuvierais a salvo*»

[202] OGILVIE, Robert M.; op. cit. pg. 26 y 27.

(***Catilinarias***, III, 22). La misma idea se puede encontrar en un discurso que **Tito Livio** pone en boca de **Camilo** casi cuatrocientos años antes. En ese discurso **Camilo** *intentaba disuadir a los romanos de que emigraran después de desastroso, saqueo de Roma por los galos* en el 386 a.C. preguntándoles si les parece adecuado que la fiesta de Júpiter se celebre en otro sitio que no sea el Capitolio porque la fortuna de ese lugar no puede ser trasladada a otro, **Tito Livio**, V, 52.6; 54.6 y 7. Las razones que da Tito Livio debían de tener un significado especial para sus lectores, ya que desde tiempos de Julio César en adelante circularon rumores sobre la intención de construir una nueva capital en Oriente.

La fuerza de esta clase de sentimientos se puede medir por las emociones de quienes se veían obligados a dejar sus ciudades de origen y, como pensaban, la protección del patrón que residía allí. Hay una escena conmovedora en **Tito Livio** ***Historia de Roma desde su Fundación***, I, 29, cuando la población de **Alba Longa** es evacuada (en 700 a.C. aproximadamente) «*Entretanto, se habían ya enviado jinetes a Alba pata que trasladasen a Roma a la población. Se llevó después a las legiones para demoler la ciudad..., precipitadamente tomó cada uno lo que pudo y salieron abandonando el hogar, los penates y el techo bajo el que habían nacido y se habían criado...se oían también voces, sobre todo de mujeres, que movían a compasión, al ir pasando de largo ante los templos venerables ocupados por los soldados y al ir dejando a los dioses como prisioneros*». Encontramos la misma intensidad en el lamento de **Ovidio** desde su exilio en **Tomi**, en el año 8 d.C., cuando se despide para siempre de los templos que ya nunca volverán a ver sus ojos y de los dioses que tiene la gran ciudad de Rómulo, a quienes tiene que dejar, dijo: «*Divinidades que habitáis estas moradas vecinas, templos que mis ojos no contemplarán ya nunca más, dioses que he de abandonar, a los que honra la elevada ciudad de Quirino, ¡recibid mi adiós para siempre!*»**Ovidio**, ***Tristes***, I, 3.33 y ss.

La religión romana se ocupaba del éxito, no de la desgracia. Según comenta **Cicerón** en su obra ***De natura deorum*** (***Sobre la Naturaleza de los Dioses***), a **Júpiter** le llama: «*Óptimo y Máximo, no porque nos haya hecho justos, templados o sabios, sino por habernos dejado sanos y salvos, ilesos o llenos de riqueza*». *La felicidad era la meta de la vida* y la felicidad dependía del resultado favorable de todas las actividades cotidianas, en la vida privada, en los negocios o en la agricultura y en la esfera más amplia de los asuntos nacionales, y no de la condición moral de uno.

Los dioses se ocupan de las poderosas fuerzas de la naturaleza. El hombre no puede esperar, comprender o controlar esas fuerzas. Todo lo que puede hacer es desear lo mejor y ganarse la cooperación de los dioses. Esta es la mentalidad que **Tito Lucrecio Caro** quiere cambiar cuando ve hombres tan impresionados por el cielo estrellado y por los desastres naturales o incluso por su propio sentido de

indefensión frente al infinito que se arrastran delante de los dioses como su ellos fueran la causa de todo ello ***De rerum natura*** (Sobre la naturaleza de las cosas), VI, 52 y ss. Podemos recibir el ***De rerum natura*** como la sola obra de Ciencia sistemática o de Física total o de fe en la doctrina de la Razón que los antiguos nos han dejado[203].

Lucrecio quiere acabar con la superstición e ignorancia de de la naturaleza. Los dioses para nada intervienen en la vida de los mortales. Ajenos a las cosas humanas, viven en *espacios intermundanos* (***metacosmia***). *La muerte es el fin de todos los sufrimientos, el eterno descanso, el más tranquilo sueño. Más allá nada existe, porque el alma es mortal* (***animam ese mortalem fateare necesse est***) *y perece con el cuerpo.* ***La materia en cambio, es eterna.*** La creación de las técnicas diversas y de la civilización; los orígenes de la música, de las ciencias, de la escritura, de la poesía, etc., se explican por un lento proceso natural, sin intervención alguna de elementos maravillosos ni sobre naturales. *Ni el rayo, ni el trueno, ni los terremotos, ni las erupciones del Etna, ni las crecidas del Nilo, ni las enfermedades deben atribuirse a los dioses o a la providencia*[204].

Hay otro motivo por el cual los romanos no dirigían sus miradas a los dioses para que los hicieran moralmente mejores. Su psicología se basaba en la presunción de que el carácter de una persona es algo fijo, algo que se le ha dado al nacer. Así **Tácito** no podía concebir que el carácter de **Tiberio** pudiera haberse deteriorado: si moría como un tirano[205].

Cicerón dice que nada importante, ni siquiera del ámbito doméstico, se emprendía sin granjearse la aprobación de los dioses (Sobre la adivinación, I, 28) y

---

[203] LUCRECIO; *De rerum natura* -De la Naturaleza de las Cosas-, Ediciones Cátedra (Grupo Anaya, S.A.), Barcelona, 2003, pg.13.

[204] A MILLARES, Carlo; *Historia de la Literatura Latina*, Cuarta edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, pg. 47 y 48.

[205] **Tiberio**, no se sabe si ofendido y, precisamente por ello, reprimiendo aun más la lira, *ordena comenzar de nuevo el banquete y se queda a la mesa más tiempo del acostumbrado. El día decimoséptimo antes de las calendas de abril, habiéndosele cortado la respiración*, se creyó que había terminado su vida mortal, y ya **Cayo César**, en medio de una multitud de gente que lo felicitaba, *salía para recoger las primicias del imperio*, cuando de repente se anuncia que **Tiberio** *recupera la voz y la vista y llama a alguien que le lleve alimento* para recuperarse de su debilidad. A partir de ese momento, *el pavor se apoderó de todos*, y algunos se dispersaron por todas partes, y *cada uno se fingía triste o ignorante*; **Cayo César**, *clavado en el silencio, cayendo de la más grande esperanza aguardaba la muerte.* **Macrón**, imperturbable, *ordena que ahoguen al viejo* echándole mucha ropa encima y que salgan de la habitación. **Así acabó Tiberio**, a los setena y siete años de edad.- **Tácito**, ***Anales***, VI, 4, 5.

Valerio Máximo, que escribió en tiempos del emperador Tiberio, hace la misma afirmación (II, 1. 1) cuando se refiere a que nuestros antepasados no hicieron nada público o privado sin asegurarse primero la voluntad del cielo, lo cual es sin duda, una exageración.

MARCO TERENCIO VARRON (nacido en **Riete** en el año 116 y muerto en Roma en el 7 a.C.), fue llamado en repetidas ocasiones por **Marco Tulio Cicerón** "*el más sabio de los romanos*". Después de haber escrito 490 obras, de las cuales sólo nos quedan sus tres libros ***De re rustica*** (*De las cosas del campo*), considerado el *más importante Tratado de agricultura romana* de que se tiene noticia. El primer libro dedicado a su esposa **Fundania** sobre ***agricultura***, el otro de ***ganadería*** y el tercero de ***la cría de animales en granja***. Parece que Varrón lo escribió, cuando contaba ya la edad de 80 años, como el mismo afirma en el Libro I, Capítulo I, "*en verdad -dice- mis ochenta años me aconsejan que prepare mi equipaje antes de que llegue el término de mi vida*". Por eso escribe con cierta prisa, lamentando no poder hacerlo más despacio y con la atención que merece.

En el primer libro referente a la ***Agricultura***, *afirma que los dioses ayudan a quienes hacen algo*, y comienza por invocarlos; dice: no me dirigiré las musas, como **Homero** y **Ennio**, sino a los doce dioses de la ciudad, cuyas doradas imágenes se alzan en el **Foro**, seis dioses y seis diosas en total, sino de aquellos principales que presiden los trabajos de los labradores. Primeramente me dirigiré a **Júpiter** y a **Tellus**, que guardan todos los frutos de la agricultura en el cielo y en la tierra. Por esto les dicen padres: padre se llama a Júpiter y madre tierra a **Tellus**. Y en segundo lugar invocaré al **Sol** y a la **Luna**, de los cuales observamos los tiempos cuando se trata de sembrar o de recolectar. En tercer lugar acudiré a **Ceres** y a **Baco**, cuyos frutos son los más necesarios para la vida, ya que por ellos nos proporciona el campo los alimentos y las bebidas. En cuarto lugar, a **Robigo** y a **Flora**, que, en estando propicios, ni el tizón echa a perder al trigo y a los árboles, ni éstos florecen a destiempo. A este efecto se instituyeron las "*fiestas robigales*" en honor a **Robigo** y los "*juegos florales*" en honor a **Flora**. Invocaré, después. A **Minerva** y a **Venus**, la primera de las cuales vela por los olivos *y la segunda por los huertos. En su nombre se establecieron las "fiestas vinalias"* campesinas. Y por último me dirigiré a la **Linfa** y a la diosa de la **Buena Suerte**, porque, sin el agua, toda vegetación es árida y pobre, y, sin el éxito de la buena suerte, sólo hay fracasos y no cultivo[206].

[206] VARRÓN, ***De re rustica*** -De las cosas del campo-; Segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, pg. 1 y 2.

La religión romana era -ya desde el siglo VI a.C.- *una difícil combinación de creencias itálicas y de mitos griegos* y, considerando la actitud hacia la muerte de los romanos en tiempos de **Augusto**, conviene que pensemos primero en los mitos griegos de **Estigia, Aqueronte** y del reino de **Hades.** *Pero la mayoría de los romanos, a la vez que rechazaban la creencia griega en una ida posterior*, aceptaban precavidamente la esperanza o el temor de que el espíritu, en algún sentido, efectivamente sobreviviera. Esta es la idea que movió a **Tácito** a rezar para que el alma de **Agrícola** pudiera descansar en paz, «si es verdad que las grandes almas no se extinguen con el cuerpo». Esta creencia inspiró también la conmovedora carta de consuelo que **Servio Sulpicio** escribió a Cicerón en el 45 a. C. *con motivo de la muerte de su hija.* Detrás está la máxima estoica según la cual cuando el alma ha abandonado el cuerpo, subsiste en el aire hasta que eventualmente se disuelve dentro del gran espíritu del universo. Esta creencia ha dejado su huella en miles de epitafios[207].

2. DIVINIDADES

Los romanos tenían muchísimas divinidades, que los distinguían en ***dii majorum gentium***, i ***dii minorum gentium.***

Los grandes dioses del cielo, ***dii majorum gentium***, que también se llamaban ***dii selecti***, solo eran doce.

1. **JUPITER**, Rey de los dioses y de los hombres, hijo de **Saturno** y de **Rhea**, Diosa de la tierra, nació y fue creado en **Creta**. Dícese que destronó a su padre, cuyo imperio se dividió entre sus hermanos, tocándole a **Júpiter** el cielo y la tierra, a **Neptuno** el mar y a **Plutón** el infierno. A **Júpiter** se le representa sentado en un trono de marfil con cetro en la mano izquierda, un rayo (***fulmen***) en la derecha y un águila junto a él.
2. **JUNO,** Es una de las grandes divinidades, sobre quien se tejieron las más variadas leyendas y que gozó de prerrogativas y culto especial.

   Hija de Saturno, esposa y hermana de Júpiter, *Reina de los Dioses, diosa de los nacimientos* y *protectora de los matrimonios y de los partos* la llaman **Juno Regina**, ***vel regia***.

   No igualaba a Júpiter en poder, pero como esposa participaba de muchas prerrogativas y le gustaba jugar con el rayo y las tormentas.

   Era tan terrible su cólera que en su agitación todo el Olimpo temblaba. Pero a pesar de la violencia de su carácter y de las intrigas amorosas en que se vio envuelta, Juna era para los griegos y romanos la personifica-

[207] OGILVIE, Robert M.; op. cit. pg. 109 y 110.

ción de la dignidad y se le representaba como Reina Augusta y respetable, con vestido largo (***stola***) y magnífico, en un carro tirado por pavos reales o sentada en trono de oro con cetro y uso en las manos, coronada la cabeza, recibiendo el acatamiento de los dioses y en estrecha amistad con los meteoros nocturnos; la acompañan (**Auræ**) las ninfas del Aire, e **Iris**, diosa del Arco iris.

3. **MINERVA o PALAS,** Llamada también **Palas** y **Atenea** entre los **griegos**, diosa de la juventud, de la guerra, de las ciencias y de las artes. *Diosa de la Sabiduría y de la prudencia*: suponen que **Vulcano** de un golpe (***cum clipeo prosiluisse***), la había hecho salir del cerebro de **Júpiter** enteramente armada. **Palas** era la *Diosa de la guerra y de los combates*, y suponen que inventó el arte de hilar y tejer la lana (***lani ficii et textura***), el cultivo del olivo y el uso de los carros armados con hoces para la guerra. La representan como virgen, hermosa, con aire severo, algo morena de cara, con ojos azules (***glaucis oculis***) brillantes como los del gato o de un mochuelo; la cabeza con casco, que encima tiene un penacho; lleva en la diestra una lanza y en la izquierda un escudo; su pecho está cubierto con la piel de la **cabra Amaltea** que la dio Júpiter para que la criase; por eso le llamaban Ægis, lo mismo que a su escudo. En medio de este escudo lleva la cabeza de la Gorgona Medusa, monstruo que tiene serpientes por cabellos, las que convierten en piedra a todos los que la miraban.

4. **VESTA,** *Diosa del fuego*. Los poetas dan este nombre a las divinidades, la una madre y la otra hija de **Saturno** que era la que principalmente se adoraba en Roma. En el santuario de este templo se guardaba, según dicen, el *Palladion de los Troyanos*. Las leyendas sagradas decían también que **Eneas** *había traído de Troya el fuego que se conservaba perpetuamente encendido por cierto número de vírgenes*, llamadas **Vestales**.

   Vesta era Diosa del hogar. Más bien era el hogar. Diosa entre las más antiguas deidades romanas, Vesta era de importancia fundamental en el hogar y la familia. Cada grupo familiar la veneraba junto con sus dioses domésticos, los Lares y Penates[208].

   Una vez fue requerida de amores por parte de **Apolo**, el Dios Sol; y como en otra ocasión también **Neptuno**, Dios de las aguas, trató de cortejarla. Vesta buscó amparo en el poder de **Zeus**, ante quien hizo solemne juramento de vivir eternamente virgen.

[208] W. BLACKWELL, Christipher y Amy Hackney Blackwell; Mitología, Grupo Editorial Norma, Colombia, 2003, pg. 173.

5. **CERES**, *Diosa de las cosechas y de los labradores*, hermana de Júpiter, y adorada principalmente en **Eleusis de Grecia** y en **Sicilia**. Los ritos de esta Diosa se celebraban con sumo secreto. Figuran a Vesta con la cabeza coronada de espigas de trigo o de adormideras, con un vestido que le llega a los pies y un hacha encendida en la mano: *decían que esta Diosa había recorrido toda la tierra con esta hacha encendida en el Etna*, para buscar a su hija **Proserpina**, que había sido robada por **Plutón**. Los poetas suponen que **Pluto**, *Dios de las riquezas es hijo suyo*.

   A esta Diosa *le llamaban Legisladora, **Legifera***, porque miraban las leyes como efectos de la agricultura, y ***Arcana***, por el sumo secreto que se observaba en sus ritos. A esta Diosa le ofrecían en sacrificio una marrana preñada, a causa del mucho daño que este animal causa en los trigos. En los misterios sagrados acostumbraban a inmolar una zorra metida entre hachas encendidas atadas a su cuerpo, porque decían que teniendo un niño una zorra metida entre los deshechos del cáñamo, o entre heno, cayeron algunas chispas de lumbre y la soltó, y abrasó toda la cosecha de la **ciudad de Corscoli en las Ecuos** (Æqui). La palabra ***ceres*** la usan con mucha frecuencia los autores latinos, para significar *el pan y el trigo*.

6. **NEPTUNO**, Dios del mar, hermano de Júpiter, al cual se le representa con el tridente en la mano derecha, en la izquierda un delfín, el uno de sus pues apoyado sobre los restos de un navío, y su aspecto sereno y majestuoso. Algunas veces también se le ve en un carro tirado de caballos marinos y con dos Tritones a su lado. La mujer de Neptuno es ***Amplitrite***, nombre que se usa para significar el mar.

   Además de Neptuno habían otros Dioses y Diosas del mar, **Oceanus** et **Tethys** su esposa; **Nereus** y su esposa **Doris**; las **Nereidas**, **Thetis**, **Doto**, **Galatea**, **Triton**, **Proteo**, **Portumno**, hijo de **Matuta** y de **Aurora**, y **Glauco**, **Ino**, **Palemon**.

7. **VENUS**, Diosa del amor y de la hermosura, que los poetas suponen que nació de la espuma del mar cerca de la isla de **Cithera**, por lo que la llamaron ***Cytherea***; según otros era *hija de Júpiter* y de la **Ninfa Diones**, y por eso su hijo Eneas la llama ***Dionea Mater***.

   El mes de abril se creía que era la época del año más grata a esta divinidad, porque empiezan a nacer las flores, y por eso le llaman ***mensis veneris***. **Las señoras Romanas** acostumbraban bañarse en el Tíber el día primero de este mes, llevando en la cabeza coronas de flores, en un paraje inmediato al templo de la fortuna viril (***fortuna virilis***). Estas damas ofrecían incienso a la Diosa al mismo tiempo que le pedían que ocultase los defectos de ellas a sus maridos.

A Venus la acompaña su hijo **Cupido**, o muchos **Cupidos**, porque se conocen muchos y en especial dos, el uno ***Eros***, que hacía nacer el amor, y el otro ***Anteros***, que le hacía acabar, o producía el mutuo amor: a todos los pintan alados, con aljaba, arco y flechas.

8. **VULCANO** (***Vulcanus***), *Dios del fuego y de los herreros*, hijo de Júpiter y de Juno, esposo de Venus que *le representan con las facciones de un herrero cojo*, endurecido con el trabajo de la fragua, con rostro encendido mientras trabaja, y fatigado y acalorado cuando sale de su caverna abrazadora. **Vulcano** era objeto de risa y de lástima de los demás Dioses del Olimpo, no sólo por andar cojeando, sino por las repetidas infidelidades de su mujer.

   El taller (***officina***) *principal de* **Vulcano** estaba en **Lemnos**, en las **Islas Eolias** o de **Lipari**, que están cerca de **Sicilia** o en las **cavernas del Etna**. Sus oficiales eran los **Cíclopes**, gigantes que no tenían más de un ojo en mitad de la frente, y se ocupaban en forjar rayos para Júpiter. Los poetas representan a Vulcano como ocupado durante la primavera en atizar el fuego de sus fraguas para forjar los rayos que despide Júpiter en el estío. A este Dios se le da el nombre de *ávido*, ***avidus***. **Virjilio** al fuego le llama *voraz*, ***ignis edax***, por su propiedad de devorar cuanto toca, **Eneida**. II. 758. Cicerón advierte que había muchos Vulcanos, ***Natura Deorum***.

9. **MARTE**, ***Mavors***, Dios de la guerra e hijo de Juno, a quien adoraban los Tracios, los Jetas, los Escitas y con especialidad los Romanos, por ser **padre de Rómulo**, fundador de **Roma**. Representan a Marte con aspecto fiero y amenazador, en un carro o a caballo, con casco en la cabeza y una lanza en la mano. Le llamaban **Marte Pacífico**, ***Quirinus***. Su esposa o su hermana era **Belma**, *Diosa de la Guerra*.

   Se tenía por de Marte un escudo redondo, ***Ancile***, que según se decía había bajado del cielo en tiempo de **Numa**. Los ***Salios***, que eran los Sacerdotes de Marte, guardaban este escudo con sumo cuidado en el templo, y los romanos le miraban como símbolo de la perpetuidad de su imperio; y para precaver el que le robasen, hicieron fabricar doce totalmente iguales (***ancillia-ium, vel ancilliorum***).

   Los animales consagrados con especialidad a Marte, eran el caballo, el lobo y el pico verde (***picus***).

10. **MERCURIO** (***Mercurius***), hijo de Júpiter y de Maya, hija de Atlas, mensajero de Júpiter y de los Dioses, *Dios de la elocuencia*, patrono de los mercaderes, y de las ganancias que ofrece el comercio, inventor de la lira y del arpa, protector de los poetas y de los hombres de talento, de los músicos, de los luchadores; conductor de las almas o de los espíritus que han salido ya de la manción terrestre, Dios de la astucia y de los ladrones.

Los atributos con que se distingue Mercurio son un sombrero, ***petasus***, con dos alas en la cabeza, dos talareas y el caduceo, en que están enroscadas dos serpientes, que lleva por lo común en la mano, aunque otras veces como Dios de los comerciantes, tiene en la mano una *bolsa* (***marsupuim***).

11. **APOLO**, hijo de Júpiter y Latona, natural de la Isla de Delos, Dios de la poesía, música, medicina, de los agoreros y de los arqueros. Se le llamaba también **Febo** o **Sol**, ***Phœbus et Sol*.** **Daba sus oráculos en varios parajes de Grecia**; pero el más célebre era **Delfos**, en la **Phócida**. Se le daban distintos nombres según los diversos lugares en que se habían erigido sus principales altares.

    A Apolo *se le representa joven, hermoso; sin barba, con gran cabellera*, teniendo en la mano derecho un arco y flechas, en la izquierda la lira o un arpa, y la cabeza coronada de laurel, árbol consagrado a este Dios, lo mismo que el cuervo y el gavilán entre las aves.

    Apolo tenía un hijo llamado **Esculapio**, *Dios de la medicina*, adorado antiguamente en la **Ciudad de Epidauro**, en **Argólida**, *bajo el emblema de una serpiente, o apoyado en un báculo en que estaba enroscada la serpiente*: se le figuraba viejo con barba muy larga, con un vestido que le arrastraba y apoyándose en un bastón que llevaba en la mano.

    Las **musas** se complacían en habitar los montes **Pierio**, **Helicon** y **Parnaso**, e iban con frecuencia a las orillas de las fuentes **Castalia**, **Aganipe** e **Hipocrene**, y por eso se las llamó ***Heliconides***, ***Parnassides***, ***Pierides***, ***Castalides***, ***Thespiades***, ***Pimpleides***, etc.

12. **DIANA**, *Diosa de los bosques y de la caza*, que considerada en la tierra se llama ***Diana***, en el cielo ***Febea*** o ***Luna***, y ***Hécate*** en los infiernos, y por eso se la titulaba ***tergemina***, ***diva triformis***, ***tria virginis ora Dianœ*.** Era hija de Júpiter y de Letona, y hermana de Apolo o Febo.

    Se le atribuye una serie de leyendas muy parecidas a las de su hermano. Celosa y traviesa como él, apela al castigo de la metamorfosis para deshacerse de sus enemigos.

    La representan como una joven alta y hermosa, con su aljaba al hombro, arco y flechas en la mano derecha y en ademan de cazar gamos u otros animales.

3. DII SELECTI

Estos Dioses eran ocho:

1. **SATURNO**, Fue el rey más antiguo de **Creta**. La leyenda lo convirtió en el **Dios Moloc** de los *Boabitas* y *Cartagineses*, a quien sacrificaban niños.

Hijo de **Urano** -el Cielo- y de **Titea**; el más joven de los **Titanes** se nos presenta a través del mito como un personaje de siniestros contornos. **Titán**, que era el primogénito de la familia, debía ocupar el trono, pero a petición de su madre, cedió sus derechos a su hermano **Saturno**, bajo la condición de que éste no había de criar los hijos varones que tuviese, por cuyo motivo **Saturno**, accediendo a tal proposición, devoraba los hijos que iban naciendo. Pero **Rea** (Cibeles), su mujer disgustada con tan crueles exigencias, empezó a presentar a Saturno piedras envueltas en lugar de los recién nacidos. Surtió buen efecto el recurso y es así como se libraron de ser devorados algunos de los que, andando el tiempo, serían dioses principales, Júpiter y Neptuno.

Júpiter destronó a su padre **Saturno**, el cual se retiró a **Italia**, a la que según dicen llamó ***Latium***, porque se estuvo allí oculto. **Jano** que era el rey de este país, le dio acogida con mucho afecto. Esta época la pinta como la edad de oro, en que la tierra suministraba con abundancia a los hombres cuanto necesitaban para su sustento, y en que todo era común, **Virgilio**, ***Geórgicas*** I, 125. En aquel tiempo los dioses trataban en la tierra con los mortales; pero esto cesó en las edades de cobre y de hierro: la Virgen **Astrea**, *Diosa de la justicia*, permaneció algún tiempo más entre los hombres que los otros Dioses; pero cansada de los crímenes de los mortales, al fin se fue, «*vencida yace la piedad y la **Virgen Astrea** abandona, la última de los celestiales, las tierras empapadas de muerte*».- **Ovidio**, ***Metamorfosis***, I. 150. La única divinidad que consintió en quedarse entre los hombres fue la Esperanza, «*Esta diosa, aunque los dioses huían de una tierra manchada, permaneció sola en un suelo odioso a la divinidad*».- **Ovidio**, ***Ponticas***, I. 6. 29.

A **Saturno** le representan como viejo decrépito, con una guadaña en la mano, o con una especie de círculo que forma una serpiente que se muerde la cola.

2. **JANO**, Hijo de **Saturno**, según la mitología romana, y uno se los principales dioses. Probablemente es el masculino de **Jana**, la **Luna**. *Tenía su misión de abril las puertas del Sol todas las mañanas para dar paso a la luz* y d cerrarlas en la noche.

   Dios del año, bajo cuya jurisdicción divina estaban las puertas del cielo, lo mismo que la paz y la guerra. Le representan con dos caras (***bifrons vel biceps***). El templo que tenían en Roma estaba abierto durante la guerra, y se mantenía cerrado en tiempo de paz, **Tito Livio**, ***Historia de Roma desde la fundación***, I, 19, 19. *La calle inmediata al* ***Foro*** en que vivían los banqueros, se llamaba Jano.

3. **RHEA,** hija de **Urano** y de la **Tierra**, esposa de **Cronos** y hermana de los **Titanes**, era **madre de Zeus**, que Cronos habría devorado si Rea no hubiese sustituido a su hijo por una piedra envuelta en pañales, que aquél se tragó inmediatamente.

   Según **Apolodoro**, hallándose **Rea embarazada de Zeus**, se retiró a **Creta** para salvarle, donde parió en una cueva llamada **Dietea** y dejó el niño, para su crianza, a los **Curetos** y a las **Ninfas Adraitea** e **Hidra**.

   El culto a Rea fue muy limitado al principio, pero se extendió cuando los romanos la identificaron con **Cibeles** llamada la **Gran Diosa Madre**. *Italia desconoció esta deidad hasta el tiempo de Aníbal.* Cuando los romanos consultaron los libros proféticos de la Sibilas, recibieron la respuesta de que el enemigo no sería arrojado de Italia hasta que no fuese conducida a Roma la madre de los dioses[209].

   Cibeles, llamada también ***Osp, Cybele, Magna mater, Mater deorum, Berecynthia, Idœa*** y ***Dindymene***; estos tres últimos nombres le venían de tres montes **Frigia**. La representaban como una mujer coronada de torres (***turrita***), y sentada en un carro tirado de leones, **Ovidio**, ***Fastos***, 4. 249.

4. **PLUTÓN**, hermano de **Júpiter** y soberano de los infiernos, llamado también **Orcus**, ***Jupiter infernus et Stygius***. **Proserpina** hija de **Ceres**, era su mujer, y la robó cuando estaba cogiendo flores en las llanuras del **Etna**, en Sicilia. Se le da también el nombre de ***Juno inferna*** o ***Stygia***. Es muy común confundir a **Proserpina** con **Hécate** o **Diana**, y se la tiene como diosa de los sortilegios y de los encantos.

   Se distinguen principalmente entre las divinidades de las regiones infernales a las ***Parcas***, hijas de **Júpiter** y de **Themis**, o del **Erebo** y de la **Noche**, que eran tres, **Clotho, Lachesis** y **Atropos**. Estas hilando determinaron la duración de la vida de los hombres.

   Clotho era la que tenía la rueca, **Lachesis** hilaba y **Atropos** cortaba el hilo.

   Las ***Furias*** también son tres, **Alecto**, **Tisiphone** et **Mœguera**, que las representan con alas, su cabello enlazado de serpientes y en la mano una hacha encendida y un látigo para castigar a los culpados: ***mors vel letthum***, la muerte; **Somnus**, el sueño. El objeto con que se pintaban las más veces los suplicios impuestos a los condenados al infierno, era el apartar a los hombres de los crímenes.

[209] GIMÉNEZ, Manuel; *Diccionario Básico de Mitología*, Primera edición, Colección Inicio, Barcelona, 1999, pg. 251 y 252.

5. **BACO**, ***Bacchus***, *Dios del vino*, hijo de **Júpiter** y de **Sémele**, esta hija de Cadmo, rey de Tebas. Enterado el padre de **Semele** de los amores que con su hija mantenía **Júpiter**, mandó que arrojaran a ésta al mar encerrada en un arca. Las aguas expulsaron el arca a las costas de **Brasias**, cuyos habitantes hallaron a Semele sin vida antes de dar a luz a Baco. Extraído del cuerpo de la madre, Júpiter le prestó, con su propio cuerpo, el calor que le faltaba salvándolo así de la muerte, por cuya causa Baco fue llamado ***Bimater***, es decir hijo de dos madres. Dice **Ovidio**, una vez que Júpiter hubo salvado a Baco encomendó su cuidado a **Ino**, su tía, y luego a las dos ninfas de Nisa en Arabia[210]. S. SWARTHY; ***Tratado de Mitología, Greco-Romana, Americana y Universal***, Editorial Araujo, Buenos Aires, 1939

   Apellidado ***Liber*** o ***Lyœus***, porque es propio del vino desterrar todo cuidado y calmar las inquietudes. Pretendían que había conquistado la India. Los pintores y los poetas le figuran joven, coronado de hiedra y de pámpanos, y algunas veces con cuernos, y por eso Ovidio le llama ***Corniger***, y en la mano lleva un *Thyrso* o *una espada entorchado de hiedra, el carro en que va está tirado por tigres, leones y linces*, y le siguen cuatro acompañantes, **Sileno**, marido de su ama de leche y ayo suyo, las **Bacantes**, mujeres frenéticas, y una tropa de **Satiros, Ovidio,** *Fastos*, III. 715. 770.

   Cada tres años se celebran las fiestas de Baco (***Bachanalia***, ***Orgia vel Dionysia***); por eso se llamaban ***trieterica***: durante la noche era la fiesta principalmente sobre el ***Citeron***, el ***Ismeno*** en **Boecia**, el ***Ismaro***, el ***Rhodope*** y el ***Edon*** en **Tracia**.

   De **Baco** y de **Venus** nació **Príapo** (***Priapus***), *Dios de los jardines*.

6. **EL SOL** (***Sol***) es el mismo **Apolo**; pero algunos mitologistas le distinguen y pretenden que el **Sol** era hijo de **Hiperion**, *uno de los Titanes, gigantes* nacidos de la tierra, y a quien se toma algunas veces por el **Sol** mismo.

   Al **Sol** se le representa *como un joven que despide rayos de luz de su cabeza, y que gobierna un carro tirado d cuatro caballos y escoltado de las* **horas** y de las **cuatro estaciones**, la **Primavera**, ***ver***; el **Estío**. ***œstas***; el **Otoño**, ***autumnus***, y el **Invierno**, ***hiems***: «*A la derecha e izquierda estaban de pie el **Día**, el **Mes**, y el **Año**, y los **Siglos** y las **Horas**, colocadas*

[210] S. SWARTHY; ***Tratado de Mitología, Greco-Romana, Americana y Universal***, Editorial Araujo, Buenos Aires, 1939, pg. 103.

a intervalos iguales, y la nueva ***Primavera****, ceñida con una corona de flores; estaba el* ***Verano****, desnudo y portando guirnaldas de espiga; estaba el* ***Otoño****, sucio de uvas pisadas, y el helado* ***Invierno*** *con sus blancos cabellos desgreñados»* **Ovidio,** ***Metamorfosis***, II. 25.

Los **persas** le llamaban ***Mithras***, y bajo es te nombre le daban un culto particular.

7. **La LUNA,** ***Luna*** era una de las divinidades escogidas o mayores (***dii selecti***), hija de **Hiperion** y hermana del **Sol**, que en un carro tirado de dos caballos.
8. **El GENIO** o el demonio (***Genius***), que según las ideas religiosas de los antiguos *cuidaba del hombre, al que tenía a su cargo desde que nacía hasta que espiraba*, u los Países y Ciudades tenía cada uno su genio, lo mismo que los hombres.

   La creencia común era que cada hombre tenía dos genios, uno bueno y otro malo. ***Defraudare genium suum***, refrenar sus deseos, obrar según su genio.

LOS LARES Y LOS PENATES, ***Lares et Penates****, eran las divinidades de las casas* y *Dioses tutelares de las familias*, los cuales tenían mucha semejanza con los genios, ***genii***. Según parece los ***Lares*** eran los ***manes*** de los antepasados, **Virgilio,** ***Eneida***. IX. 255. La mayoría parte de los romanos tenían unas figuritas de cera que vestían con pieles de perro, y las colocaban (***in atrio***) alrededor del hogar, y los días de fiesta las ponían coronas de flores, y aun les ofrecían sacrificios.

Los **Lares,** llamados en **Grecia** y **Roma,** *dioses familiares* porque eran los protectores de la casa.

En un principio sólo hubo dos, nacidos de la náyade **Lara** y de **Mercurio,** cuando este dios condujo la náyade a los infiernos. Los **Lares** fueron honrados como custodios de los hombres de todas las asociaciones humanas.

En tiempos remotísimos los Lares fueron identificados con las almas de los justos que, saliendo de la mansión sombría, regresaban a la tierra para proteger a sus parientes y amigos. *Los modernos han procurado confundir los Lares con los Penates.*

Los **Penates**, nombrados de ***in penitissima œdium parte***, por estar colocados en el paraje más oculto y retirado de la casa.

No constituían divinidad especial, sino que eran los dioses elegidos por cada persona o familia, según su gusto. Antiguamente no era permitido tener dioses particulares pero se llegó a tolerar su costumbre en tal manera, que ya no era posible encontrar una casa sin su culto.

El origen de los **Penates** está fundado en la creencia de que los **Manes** de los antepasados se complacían aún después de muertos en habitar sus casas, donde por lo común eran enterrados; y también se conservaban sus retratos en las habitaciones y sitios preferentes, para honrarles y solicitar su protección[211].

En lo más recóndito de la casa era donde se adoraban los **Penates.** La llamaban **Penetralia**, y aquella parte de la casa en que se tributaba un culto particular, ***impluvium*** o ***compluvium***. En el **Capitolio** se adoraban los **Penates Públicos. Tito Livio**, ***Historia de Roma desde su Fundación***, III. 17, bajo cuya protección estaba la Ciudad y los templos: **Eneas** trajo estas divinidades de Troya: «*Bastante hemos dado a la patria y a Príamo. Si con ti diestra salvar a* ***Pergamo****, ya por la mía habría sido salvada.* ***Troya*** *te encomienda sus objetos sagrados y sus* ***Penates***» **Virgilio**, ***La Eneida***, 293; «*Las sagradas imágenes de los dioses y los* ***frigios Penates*** *que sacara conmigo de* ***Troya*** *en medio de incendio s la ciudad se mostraron erguidos ante mis ojos*...», **Virgilio**, ***La Eneida***, III, 148, por eso decía ***patrii penates, familiaresque***.

Hay algunos mitologistas que creen que los Penates y los Lares son una misma cosa, y en verdad hay escritores antiguos que los confunden; a pesar de esto es preciso confesar que ***los Penates son de origen divino y los Lares de origen humano***, **Tito Livio**, Historia de Roma desde su Fundación, I. 29, cuya distinción es importante. Se permitía a entrar a adorar a los *Lares* a ciertas personas que no se las habría recibido a adorar a los *Penates*. Los *Penates* solo eran adorados en lo más secreto de la casa, y los *Lares* recibían su culto en las calles, en el campo y en el mar.

Cicerón expresa: «Que los derechos de los dioses Manes sean sagrados. Que se considere divinos a los humanos muertos. Que se rebajen los gastos y las señales de luto respecto a ellos».[212]

4. DII MINORUM GENTIUM, O DIVINIDADES INFERIORES

Había muchas clases de divinidades de orden inferior.

I. **Los HÉROES** (***dii indigetes***) que se han tenido por Dioses a causa de sus virtudes y méritos; de éstos los principales fueron:

HÉRCULES, hijo de **Júpiter** y de **Alcmena**, esposa de **Amphitrion**, Rey de Tebas, famoso por sus doce trabajos, y por otras hazañas. Estando aún en su cuna ahogó a dos serpientes; después *mató al león del bosque* de **Nemea**, *la hidra* del lago de **Lernea** y el *Jabalí* del **Crimantho**, el *ciervo con pies* de cobre del monte **Ménalo**, las *harpías del lago* de **Stimfálo**,

[211] S. SWARTHY; ***Tratado de Mitología***, op. cit. pg. 119.

[212] CICERÓN; *Sobre las Leyes*, CROMOGRAF S. A, Guayaquil, 1974, pg. 73.

a **Diomedes** y *los caballos que éste mantenía con carne humana, el toro bravo de la isla* de **Creta**; limpió los establos de **Augias**, sujetó las **Amazonas** y los **Centauros**, arrastró al **Cerbero** hasta fuera del infierno; *robó de* **España** *los ganados* de **Jerión**, monstruo de tres cabezas; puso las columnas del estrecho de **Gibraltar** (***fretum gaditanum***); *volvió a llevarse las manzanas de oro del jardín* de las **Hespérides**, matando el dragón que las guardaba; aterró al gigante **Anteo** y al famoso ladrón **Caco**.

A **Hércules** le llaman ***Alcides*** de (***Aleœus***) ***Alceo***, padre de ***Anfitrion*** y ***Tirinthius***, de **Tirins**, su patria; y finalmente ***Ætus***, del monte **Æta**, en que murió consumido por un vestido emponzoñado que le envió su mujer **Dejanira** en un rapto de celos. No pudiéndose quitar este vestido, el mismo dispuso su pira funeral, y mandó prenderla fuego.

Como que Hércules estaba dotado de una fuerza prodigiosa, le representan armado de su clava y cubierto de la piel del león de Nemea. Los Romanos por lo común juraban por este Dios poniéndole por testigo de la verdad de sus aserciones, ***Hercle***.

CASTOR Y POLUX (***Castor et Polux***), hijos de **Júpiter** y **Leda**, mujer de **Tíndaro**, Rey de Esparta, hermanos de **Helena** y de **Clitemnestra**. Según las tradiciones mitológicas estos Dioses nacieron de dos huevos, que el uno produjo a **Polux** y a **Helena**, y el otro a **Castor** y a **Clitemnestra**. Los marinos miran por sus Dioses a éstos hermanos, porque tienen que recurrir con frecuencia, cuando navegan, a la constelación que tiene su nombre. **Castor** era muy hábil en gobernar un caballo, y **Polux** muy diestro en la lucha: «*He de loar a* ***Alcides****, y* ***a los hijos de Leda:*** **Castor**, **Polux**, *gemelos. Prócer soldado el uno, el otro un domador de carros y corceles*», **Horacio**, ***Odas***, I. 12. 26. Los representaban montados en caballos blancos, con una estrella brillante encima de la cabeza de cada uno de ellos, y una especie de gorro en la cabeza, por lo que **Festo** los llama ***fratres pileati***.

También se puso en la clase de Dioses a Eneas, con el nombre de **Júpiter Indiges**, y a Rómulo con el de ***Quirinus***, de ***quiris***, espada, o de ***Cures***, ciudad de los **Sabinos**; «*El día siguiente no está ocupado, pero el tercero es dedicado a* ***Quirino****. El que lleva este nombre era antes* ***Rómulo****; ya que los antiguos sabinos llamaban* ***curis*** *a la lanza (el dios belicoso se encaramó en las estrellas por dicha arma), ya porque los* ***Quirites*** *pusieron su nombre al Rey, o bien porque éste había reunificado* ***cures*** *y romanos*», **Ovidio**, ***Fastos***, II. 475.

Cicerón*, recomienda:* "Que se guarden ritos de la familia y de los antepasados".

"*Que se rinda honores a los seres divinos, y a los que siempre se ha creído dioses del cielo,* y a aquellos a quienes sus buenas obras ha puesto en el cielo, **Hércules, Liber, Esculapio, Cástor, Pólux, Quirino,** y también a estos hechos laudables merced a los cuales se ha dado a los hombres el poder de subir al cielo: el **Espíritu**, la **Virtud**, la **Piedad**, la **Felicidad**, y que estas cosas laudables o meritorias tengan santuarios, pero que nunca se emprendan ceremonias solemnes en honor de los Vicios[213]".

A los Emperadores Romanos se les concedió la **Apotesis** después d su muerte.

II. Se conocían también ciertas divinidades que se llamaban **SEMONES**[214], *tales como*:

PAN, *Dios de los pastores*, inventor de la flauta, y que se le tiene por hijo de **Mercurio** y la ninfa **Penélope**. Era adorado con mucha particularidad en **Arcadia**, y por eso le llaman ***Arcadius***, y ***Mœnaluis vel Mœnalides***, y ***Lyceus***, por las dos montañas de este país que se llaman así: ***Tegeœus***, del nombre de una ciudad, y los Romanos le nombran ***Inuus.*** Le representan con cuernos y con pies de macho cabrío. Se supone que de este Dios provenían los sustos que impensadamente se reciben, o el miedo que se tiene por falta de reflexión, y de eso proviene el llamarlos terrores pánicos, ***panici terrores.***

Su figura no fue obstáculo para dejar de obtener amorosas atenciones de diosas y ninfas. Se cuenta que **Pan** *causó un terror excesivo a los galos,* mandados por **Breno**, cerca de Delfos, donde quisieron saquear el templo: de allí proviene el nombre de ***Terror pánico.***

FAUNO Y SILVANO (***Faunus et Sylvanus***), según los mitoligistas eran lo mismo que **Pan**, que tenía por hija o mujer a **Fauna** o **Fatua**, llamada también ***Marica*** o ***Bona Dea.***

Había muchas *divinidades campestres* llamadas **Faunos** (***Fauni***), abogados, según se cree, de las pesadillas y por eso se encomendaban a ellos los que las padecían.

Faunos y **Silvanos**, *divinidades campestres*, hijos de **Mercurio** y de la ninfa **Nicea**, embriagada y seducida por aquél cuando cambió en vino el agua de una fuente donde bebía de ordinario la ninfa.

---

[213] **CICERÓN**; ***Sobre las Leyes***, II. VIII. CROMOGRAF, S.A., Guayaquil, 1974, pg. 70.

[214] **Semón Sango**, Dios sabino de los juramentos identificado con ***Dius Fidius.*** Era venerado en la isla del **Tiber** y tenía un santuario en el **Quirinal**.- **TITO LIVIO**, *Historia de Roma desde su Fundación*, VIII, 20.

Se les representa como hombres muy pequeños, y velludos; con cuernos, orejas y pies de cabra.

VERTUMNIO, Esta divinidad de **Etruria** y del antiguo **Lacio**, *presidía las huertas y los jardines y el cambio de las estaciones.*

Fue esposo de Pomona y para conseguirlo hubo de tomar cuatro formas: de labrador, recolector, viñador y anciano, bajo cuya última apariencia pudo persuadirla a que fuera su mujer. Luego que llegaban a una edad avanzada, se rejuvenecían. **Vertumnio**, según una tradición, desecó el valle del Velabro.

Sus fiestas se celebraban en octubre y en ellas recogía las ofrendas de flores y las primicias de los frutos. Se le representa bajo la figura de un joven que tiene en una mano varios frutos y en la otra un cuerno de la abundancia[215].

POMONA (Pomona), *Diosa de los jardines y de los frutos*, esposa de **Vertumno, Ovidio, *Metamorfosis***, XIV. 623.

Esta divinidad desconocida de los griegos y honrada particularmente en **Etruria**, simboliza la recolección de los frutos y la fructificación.

Siempre joven y bella, y no menos hábil en el cultivo de los jardines y árboles frutales, fue solicitada de todos los dioses campestres que aspiraban inútilmente a su mano, hasta que **Vertumnio** *logró ser su esposo.* Pomona tuvo en Roma un templo y altares servidos por un sacerdote llamado ***Flamen Pomonal.***

Los monumentos la representan con una canastilla llena de frutas.

FLORA[216] (***Flora***), *Diosa de las flores*, a quien *los griegos* llaman ***Chloris.***- **Ovidio, *Fastos***, V. 195.

Diosa de las flores y de los jardines, esposa de **Céfiro**, que le dio el imperio de las flores y conservó su primera juventud, gozando una primavera perpetua.

Los **griegos** que la llamaban **Cloris**, introdujeron su culto en Italia, de donde se comunicó a todas las regiones.

Flora que **de origen sabino**, según algunos autores, llegada la estación de las flores recibía en ofrenda los primeros capullos, cortados al amanecer.

La juventud de las cabañas circunvecinas, con traje modesto y ligero, se reunía cerca del altar para sembrar el piso de pimpollos y ejecutar ale-

---

[215] S. SWARTHY; ***Tratado de Mitología***, op. cit. pg. 113.

[216] **Flora** proviene del latín ***flos*** («**flor**»), según toda evidencia.

gres y honestas danzas; allí se unía también muchas veces el amor con el himeneo.

A contar el año 513 a.C., se celebraban anualmente en su honor los ***Juegos Florales***, que duraban seis días, y habiendo sido en su origen, inocentes y populares, degeneraron más adelante en licenciosas orgías.

Flora se representa adornada con guirnaldas y coronada de flores. **Céfiro** la levanta y balancea sobre sus alas. A cada paso que da nace una nueva flor.

También aparece vestida con traje de telar y llevando en sus manos un cesto de flores[217].

TÉRMINO (***Terminus***), *Dios latino presidía los límites de los campos y castigaba las usurpaciones.* Encontrando las leyes establecidas insuficientes para asegurar las propiedades. **Numa Pompilio** supo persuadir al pueblo romano que había un dios protector de los límites, y le erigió un templo en el monte **Tarpeyo**. Era tan profunda la veneración a este dios que al temerario que se atrevía a cambiarle de sitio se le ofrecía a las furias y era permitido quitarle la vida[218].

Antes de edificar el **Capitolio**, cuando se quitaron de todos los templos las estatuas de las divinidades, a que estaban dedicados, solo la imagen de este Dios no se pudo quitar del templo que se había dedicado y no pudo ser desplazado de su recinto consagrado. **Tito Livio.** ***Historia de Roma desde su Fundación***, I. 55. V. 54. Este acaecimiento se tuvo por presagio de la perpetuidad del Imperio. **Tito Livio.** ***Ibid.***

El dios Término se representaba bajo la forma de una gran piedra coronada con la cabeza de la divinidad, pero sin brazos ni pies, para manifestar que el protector de los límites no podía cambiar de sitio.

PALES, *era la diosa de los pastores y de los ganados.* Se le representa cubierta con un velo: un podo de *romero y de laurel coronan sus cabellos,* porque durante las fiestas de la diosa, los pastores purgaban sus ganados mezclando en su pasto romero y laurel; lleva en la mano un poco de paja, aludiendo a la cama de los animales y a sus plantas una vaca echada.

Celebran, en el mes de marzo, las fiestas llamadas ***Palilias***. *Los pastores le ofrecían leche y miel, o queso y tortas de mijo*; después encendían tres hogueras de paja a igual distancia unas de otras y saltaban por encima de ellas. El más ágil ganaba el premio que regularmente consistía en una cabra o un cordero[219].

---

[217] S. SWARTHY; ***Tratado de Mitología***, op. cit. pg. 111.

[218] S. SWARTHY; Idem, op. cit. pg. 110.

[219] S. SWARTHY; Idem, op. cit. pg. 114.

Dios o *Diosa de los ganados*; pero generalmente se la tiene por Diosa, y asó **Floro** dice: ***Pastoria Pales.***

HIMENEO, Hijo de **Baco** y de **Venus**, hermano del **Amor**, preside el matrimonio. Himeneo, según una antigua tradición era un joven ateniense de gran hermosura, pero pobre y de familia humilde; enamorado de una joven de alta clase, la seguía por doquiera, sin atreverse a declarársele.

Un día que las damas de Atenas celebraban en la orilla del mar las fiestas de Ceres, Himeneo, disfrazado de mujer, mezclóse con ellas, para tener el placer de estar más cerca de su amada. Sucede, entonces, que unos piratas desembarcando de improviso, encadenaron a las damas para raptarlas, y como era de noche, se quedan dormidos. Himeneo, aprovecha su fuerza y destreza para libarse de las cadenas y dar muerte a los piratas. Al día siguiente muy temprano se presenta en **Atenas** y explica que están en grave peligro las damas, pero que puede él solo libertarlas si a cambio de tan heroica proeza le conceden la mano de una de ellas.

Aprobada su proposición regresó por las mujeres y pudo así contraer un enlace en que fue muy dichoso, tanto que los atenienses establecieron en su honor al fiesta llamada **Himenea** y le invocaban solemnemente en las bodas, como luego hacían los demás griegos con el dios **Thalamos**.

LAVERNA, *Diosa de los ladrones.*

VACUNA, Diosa presidenta de las vacaciones o del descanso después del trabajo.

MEPHITIS, Diosa de los malos olores. Virgilio, Eneida. VII. 84.

CLOACINA, Diosa de las cloacas, o de los albañales públicos.

En la clase de las divinidades ***Semones*** se compendian las **Ninfas** (***nymphœ***), Diosas que presidían en todos los lugares de la tierra: en los montes se llamaban **Oreadas**; en los bosques **Driadas, Hamadriadas, Napeas**; en los ríos y fuentes **Nayadas**; en el mar **Nereidas, Oceanitidas.** Cada río tenía una divinidad protectora de sus agras, como **Tiberinus**, para el **Tiber**, **Vurgilio**, ***Eneida***, VIII. 31.; **Eridanus**, para el **Po**, figurada en un toro con cuernos (***taurino vultu***), y del mismo modo representaban los demás ríos.

También estaban particularmente *consagrados a alguna divinidad los manantiales de los ríos y fuentes*, y se cuidaba de ellos con cierto respeto religioso. *Se construían templos para ellos*, como para el **Clitumno**, y *se echaban en su corriente algunas moneditas con el fin de que la divinidad que los presidía les favoreciese*, u estaba prohibido el bañarse junto a estos manantiales, por miedo de que el contacto con un cuerpo desnudo pudiese manchar las aguas sagradas de estos ríos; por esta razón no podían andar barcos por el lago, ***Vadimonis***, en que había muchas islas flotantes.

Se ponían también entre los Dioses los **Jueces de las regiones infernales**, llamados **Minos, Eaco** et **Rhadamantho**: **Caronte**, el barquero de los infiernos (***portitor***), ***Porthmeus, Porthmeos***, , que conducía en su barca las sombras de los muertos a orillas de la ***Estigia*** y del ***Aqueronte***, exigiendo de cada una de ellas un derecho de pasaje (***portorium naulum***), de que daba cuenta a **Plutón**, y por eso le llamaban ***portitor***; y por último el ***CAN CERBERO***, monstruo tricípite, que guardaba la entrada de los infiernos.

Además de estas divinidades, los Romanos adoraban también las ***Virtudes*** y los ***Afectos del alma***, como la *piedad*, la *fe*, la *esperanza*, la *concordia*, la *fortuna*, la *fama*, &c. **Los emperadores introdujeron en Roma** el culto de muchas divinidades extranjeras, como **Isis**, **Osiris**, **Anubis**, que eran **Dioses de Egipto**. Se veneraban con ciertas ceremonias particulares los *Vientos* y las *Tempestades*: **Eurus**, el Este; **Auster** o **Notus**, el Sur; **Zefirus**, el Oeste; **Boreas**, el Norte; y suponían que **Eolo** (***Æolus***), Dios de los vientos, residía en las **Islas de Lopari**, y así las llamaban ***Insulœ Æoliœ***: ***Aurœ***, las ninfas del aire y los ***Silphos*** &c.

5. MINISTROS DE LA RELIGIÓN (MINISTRI SACRORUM)

Entre los romanos los ministros de la religión no formaban una clase separada del resto de los ciudadanos, sino que se elevaban al sacerdocio las personas más distinguidas del Estado.

Había sacerdotes encargados en general del culto de todos los dioses (***omnium deorum Sacerdotes***); pero otros estaban destinados a alguna divinidad en particular (***uni alicui numini adicti***), entre los primeros se distinguían:

I. **LOS PONTÍFICES**.- Al principio hubo cuatro en Roma, que eran precisamente patricios, lo que duró hasta el año 454, en que se nombraron otros cuatro plebeyos. **Sila** creó hasta quince, divididos en ***majores et minores***. Algunos llaman ***majores*** a los Pontífices patricios, y minores a los plebeyos. La corporación de los Pontífices se llamaba (***Collegium***) colegio.

   Los Pontífices juzgaban de todas las causas relativas a las cosas sagradas; y en los casos en que las cuestiones no estaban comprendidas en la ley, hacían los reglamentos que estimaban por convenientes. A los Pontífices negligentes en el cumplimiento de su obligación s les imponía una multa mayor o menor según la gravedad de la falta.

   Los Pontífices no estaban sujetos a ninguna autoridad, según lo dice **Dionisio**, y no daban cuenta de su conducta ni al Senado ni al Pueblo; sin embargo esta independencia no era enteramente ilimitada. **Cicerón** nos manifiesta como los **Tribunos del Pueblo** precisaban a los Pontífi-

ces a ejercer, aunque fuese contra su voluntad, algunas funciones de u empleo.

El Colegio de Pontífices hasta el tiempo de **Numa** proveía las plazas vacantes que había en él, y gozó de esta prerrogativa hasta el tribuno **Domicio** propuso una ley, que se adoptó para que pasase al Pueblo esta facultad, ley que **Sila** abrogó. Pero **Labieno**, tribuno, la hizo revivir con el apoyo de Julio César. Antonio se la volvió otra vez a los Pontífices de un modo irregular. Panzas transfirió de nuevo al Pueblo esta prerrogativa de elegir a los Pontífices.

Al jefe de los Pontífices le llamaban PONTÍFICE MÁXIMO (***Pontifex maximus***). **Tito Livio** es el primero que hace mención de este título. El Pontífice máximo lo elegía el pueblo, aun cuando los otros Colegios elegían los sacerdotes inferiores. Por lo común se concedía esta dignidad a las personas que habían obtenido los primeros empleos del Estado, y con ella tenían un poder de mucha decisión. El plebeyo que primero obtuvo la dignidad de Pontífice máximo, fue **C. Coruncanio**. El Pontífice máximo era juez supremo de todo lo concerniente a la religión; era de su cargo el hacer que se observasen todos los ritos religiosas; y así que en esto todos los sacerdotes le obedecían.

El **Gran-Pontífice** debía cuidar muy particularmente que se practicasen los ritos sagrados de **Vesta**. Si había una sacerdotisa que no cumplía con su obligación, la reprendía, Tito Livio. IV. 44, la castigaba, y a veces el colegio le condenaba a muerte.

El pontífice máximo tenía que asistir necesariamente a las fiestas solemnes religiosas y públicas, a los juegos u otros espectáculos que daban los magistrados, (**Tito Livio**. IV. 27), a las oraciones que tenían que hacer, a la dedicación de los templos, al sacrificio de un general por su ejército, y el pontífice iba diciéndole las palabras de que debía servirse a cuya fórmula **Séneca** la llama Pontifícale Carmen, Cónsul. Se tenía por importante al decirla sin titubear. El pontífice máximo asistía con particularidad a los comicios en que se habían de elegir sacerdotes con el fin de consagrarlos; también concurría a estas juntas cuando se debía tratar de ratificar algún testamento u donación, y asistían igualmente los demás Pontífices. De esto provenía el dicho de que los Comicios se habían celebrado, o las resoluciones se habían tomado con asistencia de los Pontífices (***apud pontífices o pro collegio Pontificum ibid***). ***Solemnia pro Pontífice suscipere***, observar los ritos sagrados presenciándolos o dirigiéndolos el Pontífice. Lo ejecutado de este modo se decía ***Pontificio jure fieri***, y cuando el Pontífice máximo daba un decreto en presencia del

Colegio de los Sacerdotes, se decía ***pro collegio respondere***. A veces lo resuelto por el Colegio era contrario a su dictamen; pero a pesar de esto tenía que conformarse a ello. El voto conforme de tres Pontífices hacia una deliberación, pero había casos, la dedicación de un templo, en que era indispensable que el Senado la aprobase o el mayor número de tribunos, como que era árbitro absoluto en todas las cosas (***cujus est summa potestas ómnium rerum***), podía manifestar que tenía por conveniente el que dedicase un templo, y precisar al Pontífice máximo a que le consagrase a pesar suyo, como lo prueba el ejemplo de **Flavio**. En algunos casos, según parece, los ***Flamines*** y el Rey de los sacrificios (***Rex sacrorum***) juzgaban juntamente con los Pontífices, y aun eran tenidos como individuos del mismo Colegio.

Una de las atribuciones de los Pontífices era el juzgar todos los negocios relativos a matrimonios. El Pontífice máximo, con acuerdo del Colegio, debía arreglar el año y formar el calendario, al que llamaban ***Fasti Calendares***, porque se ponían en él todos los días desde unas *calendas* a otras; esto es, todos los días del mes, y se decía cuales eran los días ***fastos*** y ***nefastos***. El distinguir estos era peculiar de los pontífices y de los patricios, hasta la época en que **Flavio** le publicó. En los fastos de cada año se ponía el nombre de los magistrados, especialmente el de los cónsules, cuando en el paraje en que estuvo el antiguo **Foro**, se halló una lista de los cónsules grabada en mármol, y tenía por título ***Fasti Consulares***: se ha creído que la habían puesto en el Foro en el reinado de **Constancio**, hijo de **Constantino**, este monumento es conocido con el nombre de ***mármol capitolino***, porque el **Cardenal Farnesio**, después que le hizo pulir y reparar, le mandó colocar en el Capitolio.

Se acostumbraba antiguamente el poner a continuación de ciertos días de fiesta algún hecho memorable, y por eso el día de las fiestas lupercales tenía en seguida (***adscriptum est***) la oferta de la corona que Cesar hizo a Antonio. El inscribir un nombre en los fastos era grandísimo honor para los que tenían el mismo nombre, y al contrario era una gran pesadumbre para ellos cuando se mandaba borrar.

En los primeros tiempos el Pontífice máximo guardaba en su casa unos anales sucintos de todo lo ocurrido en el año (***in album afferebat vel potius refferebat***), los que todo el mundo podía ver y consultar, ***proponebat tabulam domi, potestas ut esset populo cognoscendi***. Esta costumbre duro hasta el tiempo de **Mucio Escevola**, que pereció durante la persecución de **Mario** y **Sila**. A estos anales los llamaban en tiempo de **Cicerón** ***annales maximi***, porque los componía el Pontífice máximo.

La mayor parte de anales de los Pontífices, hasta la toma de Roma por los ***Gaulos***, pereció en el incendio de esta ciudad. A estos anales los llaman también ***Comentarios*** (**commentarii**). Pasada la dictadura de **Sila**, según algunos escritores, los Pontífices ya no escribieron semejantes anales; pero varios ciudadanos instruidos, tales como **Catón**, **Pictor** y **Pison**, compusieron una crónica de la historia romana, que por su concisión se parecía a los anales de los Pontífices, y a la que también llamarón ***Anales***.

Las memorias que escribe un particular refiriendo los acaecimientos de su vida privada, son los que propiamente se llaman ***Comentarios*** (***commentarii***), **César**, cuando publicó la historia de sus guerras, le dio este modesto título. A la obra de **Xenofonte** sobre la vida y acciones de Sócrates, la llama **Aulio Galio** ***memorabilia Socratis***. Con este nombre se entendían también las notas (***memorandum***) que uno hacia por sí mismo para acordarse de alguna cosa, o las que mandaba hacer para ayudar su memoria o para publicarlas y proporcionar con esto que otros los recordasen (**quæ** ***commeminisse opus esset***); también se llamaban así las ideas principales que se obligaban en un discurso que debía pronunciarse, las notas extractadas de un libro o discurso ajeno, de cualquier obra en que se habían puesto notas (*memorandum*), y por eso hallamos ***Commentarii Regis Numæ***. Por eso a ***commentariis***, significa un escribiente o secretario. **Celio** en una carta escribe a **Cicerón** a los registros públicos (***acta pública***) de la ciudad, los llama ***commentarius rerum urbanarum***.

El Pontífice máximo y su colegio tenían en ciertas ocasiones el derecho de imponer penas capitales; pero se podía apelar al pueblo de sus sentencias.

A pesar de la extensa autoridad que tenía el Pontífice máximo, no se le contaba como magistrado, y así **Cicerón** le da el epíteto solo de particular (***privatus***). Verdad es que algunos lectores creen que **Escipion** se llamaba Pontífice Máximo antes de serlo verdaderamente, según **Patérculo**.

Los Pontífices llevaban un vestido guarnecido de púrpura (***toga pretexta***) y un bonete de lana (***galerus, pileus vel tutulus***) cónico con una varita (***virgula***) cubierta de lana, y en el extremo una borlita (***apex***), o por cinta de lana que los Sacerdotes se ponían en la cabeza dándole vuelta para imitar al bonete, y resguardarse del calor. A **Sulpicio Galva** le quitaron el sacerdocio, porque en el momento del sacrificio se le cayó el bonete pontifical (***ápex prolapsus***).

En los primeros tiempos no se le permitía al Pontífice máximo salir de Italia. El primer Pontífice que se eximió de esta sujeción fue **Licinio Craso** el año de Roma 618, y después de él **César**.

El empleo de Pontífice máximo era inamovible, y por eso **Augusto** no tomó esta dignidad mientras vivió **Lépido**. **Lépido** murió el año de Roma 741, y entonces **Augusto** tomó la dignidad de Pontífice máximo, **Ovidio**, ***Fastos***, III, 420, y posteriormente esta dignidad pasó a sus sucesores, y aun a los que abiertamente profesaban la religión cristiana hasta el tiempo de **Graciano**, o mejor diremos hasta **Teodosio**.

El Pontífice máximo vivía siempre en un edificio público, llamado casa real (**Regia**). Por eso **Augusto** cuando fue Pontífice transformó en edificio público parte de su palacio, y dio la casa real (**regia**) a la que **Dion** llama casa del supremo sacerdote (***rex sacrorum***) a las Vestales, que vivían junto a ella; por eso algunos escritores han creído que este edificio debía ser el **Palacio de Numa** (***regia Numæ***), **Ovidio**, ***Triste*s**, III. I.

La persona del Pontífice máximo se creía que quedaba manchada con tocar o con solo ver un cadáver. Lo mismo se creía de los Augures. La estatua de augusto se quitó del puesto en que estaba, temiendo se manchase con algún homicidio que se hiciese cerca de ella[220].

II. **AUGURES** (***augures***), llamados antiguamente **Auspices**, cuyas funciones consistían en predecir los acontecimientos futuros, principalmente por el canto, el vuelo y apetito de las aves (***ex avium gestu vel garritu et spectione***), y por otras circunstancias, **Horacio**, ***Oda***. III. 27. Esta corporación de sacerdotes tenía mucho influjo en los romanos, **Tito Livio**, I, 36, porque no tomaban resolución sobre negocio ninguno importante o de interés general, fuese de lo interior o extranjero, sobre la paz o la guerra, sin consultarles primero, **Tito Livio**, I, 36. Antiguamente llegaba a tal escrúpulo, que los consultaban hasta para todos los asuntos particulares de alguna importancia.

Augur significa *cualquier persona que predice el futuro*, el ***aruspex***. Por eso **augur Apolo**, ***id est, qui augurio præest***, *significa el dios de los agüeros.*, **Horacio**, ***Oda*** I. 2. 32; **Virgilio**, ***Eneida***, IV, 376, y ***auspex***, la persona que observaba e interpretaba los presagios (***aispicia vel omina***), **Horacio**, ***Oda*** III, 27, especialmente los sacerdotes que celebran los matrimonios. En los últimos tiempos cuando ya no se consultaba a los **Auspices** para celebrar los matrimonios, servían de testigos al firmar el contrato,

[220] **ADAM**, Alejandro; Antigüedades Romanas, Tomo II, op. cit. pg. 302 a 318.

y cuidaban de que se hiciese con todas las solemnidades prescritas, y los llamaban ***auspices nuptiarum***.

Se usa indistintamente de ***augurium*** y ***auspicium***, **Virgilio**, ***Eneida***, I, 392; pero algunas veces ***auspicium*** significa propiamente la predicción de los acontecimientos futuros, por la inspección de los pájaros o por cualesquiera prodigios.

Los auspicios que se tomaban antes de pasar un río, se llamaban ***perennia***; los que se deducían del pico de las aves, género de auspicios peculiares a la guerra, se llamaban ***ex acuminibus***; pero en tiempo de **Cicerón** no se usaba ninguno de estos auspicios.

Los romanos tomaron de los toscanos el conocimiento de los agüeros, u en los primeros tiempos se aplicó tanto la juventud a este conocimiento, como en los posteriores se dedicaron a la literatura griega.

Se dice que *antes de la fundación de Roma* se convinieron **Rómulo** y **Remo** en dejar a los augures el que determinasen cuál de ellos debía dar nombre a la nueva ciudad (***auguris legere***) y gobernarla; y que para hacer las observaciones, de que había deducirse la resolución, **Rómulo** escogió el **Monte Palatino** y **Remo** el **Aventino**. Al pronto se le aparecieron a **Remo** *seis buitres*, lo que se tomó por presagio (***augurium***); pero cuando anunció o declaró formalmente el presagio (***nunciato augurio***), o como dice **Cicerón** ***decantato***, se le aparecieron a Rómulo doce buitres; entonces ambos príncipes fueron tratados como Reyes por sus partidarios. *Los del partido de Remo pretendían que la corona indudablemente le correspondía*, porque había sido el primero que había descubierto el presagio: *los partidarios de Rómulo decían que el número de las aves había distinguido a Rómulo*, y que esto le daba el trono; acalorada la disputa, vinieron a las manos, y **Remo** pereció en el combate; pero la opinión más generalmente recibida es, que **Rómulo** dio muerte a **Remo**, porque éste por burlarse de su hermano, saltó por cima de los muros de la nueva ciudad, increpándole con estas palabras: «*Así muera en adelante cualquier otro que franquee mis murallas*». Rómulo, por consiguiente, se hizo con el poder en solitario; la ciudad fundada recibió el nombre de su fundador, **Tito Livio**, ***Historia de Roma desde su Fundación***, I, 7.

La costumbre, desde el tiempo de **Rómulo**, era no permitir que nadie tomase posesión de su empleo, sin consultar antes los auspicios. Esta práctica se había convertido en una pura ceremonia en tiempo de **Dionisio**. El día en que un ciudadano debía tomar posesión de su empleo, al apuntar el crepúsculo, salía de su casa, y hacía ciertas oraciones en compañía de un augur, y dirigiéndolas éste, el cual decía que había visto un

relámpago por el lado izquierdo, que era un presagio favorable aunque no hubiese habido tal cosa, y está declaración verbal, sin embargo de que fuese falsa, bastaba.

El jefe de los augures se llamaba (***Magister Collegii***) Presidente.

No había delito ninguno por el que pudiese un augur ser degradado de su empleo, la razón de esto, según **Plutarco**, es que se les confiaban todos los secretos del Estado. Los augures entre sí tenían mucha amistad, y jamás habrían admitido en la corporación a un sujeto que supiesen que era enemigo de alguno de ellos. Las votaciones en asuntos del cuerpo se hacían siempre por orden de la mayor edad, el más anciano votaba primero; así como los **Pontífices** prescribían todas las *fórmulas* y *ceremonias solemnes*, así los augures explicaban todos los *presagios*, de los cuales *las principales fuentes eran cinco*: las señales que venían del cielo, como los truenos y relámpagos, el canto y el vuelo de las aves, el apetito de los pollos, de los cuadrúpedos y de las circunstancias extraordinarias llamadas maldiciones.

Las aves, cuyo canto servía para los *presagios*, ***Oscines***, eran el cuervo, ***corvus***; la corneja, ***cornix***; el búho, ***noctua vel búho***; el gallo, ***gallus gallinaceus***, las que servían por su vuelo para los presagios, ***alites vel præpetes***, eran el águila, el buitre, **Virgilio**, ***Eneida***, III, 361; **Cicerón**, ***Natura Deorum***, II, 64, se tomaban también presagios del *apetito de los pollos* (***pulli***). En tiempo de guerra se observaban estos presagios con muchísimo cuidado, y el pueblo achacaba muchas veces sus desgracias al poco aprecio que se había hecho de estas predicciones. En la historia se habla de lo que le sucedió a **Publio Claudio** durante la *primera guerra púnica*; el pollero (***pullarius***) o encargado de las aves *se presentó a* **Publio Claudio**, y le dijo, que notaba que los pollos no querían comer, y que esto se tenía por presagio funesto. "*Está bien, respondió, que los echen al mar y beberán*", a continuación de haber pasado esto, atacó al enemigo, y su escuadra fue presa y derrotada.

Las insignias (***ornamenta auguralia***) de los augures. La **Trabea**, vestido con listas de púrpura (***virgata vel palmata, a trabibus dicta***), que según Sergio era de púrpura y de escarlata (***ex purpura et cocco mistum***). *Un bonete cónico* como el de los Pontífices. *Un bastoncito curvo* que llevaban en la mano derecha, para señalar las diversas regiones del cielo (***qui regiones cæli determinarent***), al cual llamaban Lituo (***lituus***), **Tito Livio**, I. 18.

Los augures observaban el cielo (***servabant de cælo vel cælum***), por lo común de noche, ***post mediam noctem***, media noche, o al empezar el crepúsculo.

Los augures se ponían en un paraje elevado llamado el ***Alcazar*** (***Arœ o templum***), **Tito Livio** I, 8, o ***tabernaculum***, **Tito Livio**, IV, 7, para poder descubrir todo el horizonte, y para quitar estorbos derribaban los edificios que les impedían la vista. El augur comenzaba ofreciendo sacrificios y haciendo una solemne oración; después se sentaba (***cedem cepit in solida sella***), se cubría la cabeza (***capite velato***), y estaba según Tito Livio, cara a Oriente, para que el Sul cayese a su derecha, y el Norte a la izquierda, y enseguida determinaba con el lituo el Este y el Oeste, y se fijaba en lo último del cielo en un astro (***signum contra animo finivit***), que le servía de término de comparación para referir a él sus observaciones. A esta extensión del cielo le llamaban Templo (***templum***). Un trueno que se oía al lado izquierdo indicaba un presagio feliz, menos para la celebración de los comicios. El graznido de un cuervo que se oía por el lado derecho (***corvus***), y el de la corneja (***cornix***) por el izquierdo, daban agüeros favorables, y oídos por el lado contrario, eran el signo de agüeros infelices. *La ciencia de los agüeros entre los Romanos estaba llena de incertidumbre, y parece que sólo se inventó y cultivó para aumentar el influjo de la gente instruida sobre los ignorantes*[221].

Los Romanos sacaban también pronósticos (***omina captabant***) de atravesar un camino un cuadrúpedo, o de aparecerse en un paraje en que no acostumbraba verse, de estornudar alguna persona (***ex sternutatione***), de derramarse la sal en la mesa y de otras circunstancias fortuitas de esta clase, que se llaman ***dira sc. Signa*** o ***diræ***, y se tenían por presagios. Era peculiar estos acaecimientos y el prescribir las expiaciones que debían hacerse: estas expiaciones se llamaban **Comentarios** (***commentari***).

Cuando **Cesar** conducía su ejército a **Adrumeto en África**, tropezó y cayó de bruces, *cuya caída se miro como de mal agüero*; pero este diestrísimo General, con su presencia de espíritu ordinaria, le convirtió en provecho suyo, abrazando la tierra como si a propósito se hubiese echado para hacerlo, y dijo en alta voz: África, me apodero de ti.

También pronosticaron lo futuro tirando los dados a la suerte, ***sirtibus ducendis***, los cuales estaban colocados de modo que el uno no podía salir antes que el otro, ***oracula sortibus æquatis ducumtur***. Los dados eran de madera (***tali vel tesseræ***), en ellos estaban gravadas varias letras, palabras o señales, y los tiraban en una urna o jarrón, que algunas veces estaba lleno de agua y los sacaba un niño o aquella persona misma para quien se hacía el pronóstico y el augur los interpretaba. También se va-

---

[221] **ADAM**, Alejandro; Antigüedades Romanas, Tomo II, op. cit. pg. 318 a 330.

lían algunas veces de los dados comunes, y los números que se sacaban, lo mismo que cuando se juega, unas veces eran favorables y otras contrarias. Con la palabra ***sortes*** se denotaba no sólo el resultado que se había obtenido y la interpretación que se había dado.

La palabra ***sortes*** la usa **Tácito** al describir el modo de averiguar lo futuro practicado por los Germanos, que consistía en cortar las ramas de un árbol en trocitos (***in surculos***) que señalaban con ciertas marcas, y los echaban a la suerte (***tenerè ac fortuito***) sobre un lienzo blanco. Hecho esto, si el presagio interesaba al público (***si publicè consuleretur***), el sacerdote recogía estos trocitos, o el padre o cabeza de familia, si la consulta se hacía por interés particular, y después de levantar los ojos al cielo e invocar los dioses, recogía cada uno de estos trocitos en tres veces, y daba una interpretación según las señales que tenían. En Roma las suertes proféticas más acreditadas eran las de **Præneste**.

Tito Livio dice que las suertes de *Cære* y de *Falera* eran desgraciadas desde que se habían desgastado los dados (***extenuatæ***). También servían los nombres para los presagios, se llamaban **Sortilegos** (***sortilegi***) todos los que predecían lo futuro, bien fuese por suertes, bien valiéndose de cualquier otro medio. Llama también así **Isidoro** a los que abriendo por cualquier parte un libro forman conjeturas por las palabras de la página, o por lo que se trata en aquel pasaje. Los escritores de los últimos tiempos, al hablar de las (***sortes Virgilianæ, Homericæ***) suertes por Virgilio, por Homero, dicen que escribían ciertos versos, que escogían de las obras de estos autores, en tiritas de papel (***in pittaciis***), y los echaban en una caja, de donde lo sacaban, como los dados y de esto provino el ***sors excidit Spart.***

Los adivinos que predecían por las estrellas, se llamaban ***Astrólogos***, ***Mathematici***, matemáticos. ***Genethliaci***, genetliacos, porque predecían el nacimiento o la hora en que uno ha nacido, o la estrella que saldrá en aquel momento (***sidus natalitium***), a la que se atribuía la suerte o felicidad futura del sujeto, llamaban también a esto *Horoscopo*, ***horoscopus.***

Los Astrólogos se servían por lo común de un libro (***ephemeris vel ephemerides***) en que estaba calculado el orto, conjunción, posición y demás aspectos de las estrellas, y las personas supersticiosas recurrían a estas colecciones misteriosas para acertar en todos sus negocios. la gente rica consultaba a los Astrólogos de Asia (***Phryx Augur et Indus***), porque eran más hábiles Astrónomos (***Astrorum mundique peritus***); los pobres acudían a los (***sortilegi vel divini***) charlatanes que decían la buena ventura,

que en Roma se ponían en el gran circo, ***circus maximus***, y por ese Horacio la llama *falaz* a este circo, ***fallax***.

Llamaban conjectores a los que predecían lo futuro interpretando los sueños, y ***harioli vel divini, vetes vel vaticinatores***, a los que adivinaban por inspiraciones aparentes.

Creían que los que tenían perturbado su espíritu (***melancholici, cardiaci et phreetici***) estaban dotados de la facultad de predecir y los llamaban locos (***cerriti*** o ***ceriti***), por que según los mitologistas, *ceres* privada de juicio algunas veces a sus devotos y ***Larvati larvarum pleni, id est, furiosi et mente moti, cuasi larvis et spectris exterriti***, y Limphatici o limphati, (*a nymphis in furorem acti*), ***qui speciem quamdam e fonte, id est, effigiem nymphæ viderint, Festus***. Las Ninfas, según decían, volvían loco al que las veía. La palabra ***limphaticus*** la usa Isidoro para significar un hidrosfovo, ***qui aquam timeat***. Pavor *limphaticus*, terror pánico; ***nummi auri limphatici***, dinero que se disipa. ***Mens limphata marœotico***, embriagado. Como para curar la locura se usaba del eléboro, por eso se dijo ***eleborosus***, por (*insanus*) loco. Fanáticos (*fanatici*) los que estaban arrebatados de entusiasmo religioso, de ***Fanun*** a ***fari***, porque para consagrar los templos, ***fana***, se decía cierta formula (*fando*), o de **Faunus**, ***qui primus Fani conditor fuit***. Los escritores modernos a las personas que padecen ciertas enfermedades que guardan o siguen los periodos de la luna, los llaman (*lunatici*) ***Lunáticos***.

ARÚSPICES (***Aruspices ab aruga, id est, ostia***), ***vel potius o victimis, aut extis victimarum un ara inspiciendis***, llamados también **Extispices**, *eran unos sacerdotes que examinaban las entrañas de las víctimas y de ellas deducían presagios para lo futuro*, igualmente que de la llama, del humo y de las demás circunstancias del sacrificio; observaban si la víctima se acercaba al altar sin resistencia, si se detenía en él, si moría al primer golpe, si la sangre corría con libertad; todas estas particularidades se tenían por favorables. Hay muchos escritores que hablan de los signos de que se deducían los presagios funestos. Los **Arúspices** interpretaban también los prodigios: sus funciones tenían cierta relación con las de los **Augures**; pero no se tenían en tanto aprecio y por eso habiendo **Julio César** nombrado Senador al **Arúspice Ruspina, Cicerón** pinta esta elección como un ultraje hecho al Senado. **El arte de los Arúspices** se llamaba ***Aruspicina, Haruspicina vel haruspicum*** disciplina. Los Romanos aprendieron este arte de los *Etruscos*, los cuales atribuían su descubrimiento a un tal **Taje** y así con frecuencia *los Etruscos venían a Roma a ser Arúspices*. Algunas veces venían a Roma a ejercer este arte algunos

orientales y por eso **Juvenal**, dice: ***armenius vel comagenus Aruspex***. Había mujeres que ejercían este arte (***Aruspicæ***). **Rómulo** *fundó el colegio de los Arúspices*, no se sabe cuál era el número de plazas de que constaba; pero sí que su jefe se llamaba ***Summus Aruspex***. **Catón** decía frecuentemente que no sabía como un Arúspice podía mirar a uno de sus compañeros sin echarse a reír. La historia, a pesar de ser tan ridículo este arte, cita varios acontecimientos singulares que se verificaron como se habían predicho.

Los Arúspices eran considerados como los grandes maestros de la expiación. Sabían precisar las ceremonias capaces de lavar las manchas, de calmar y apaciguar a los dioses. Este aspecto positivo de su ciencia era, lo que los hacía ser tan apreciados por el Estado romano atento siempre a mantener la vieja entente, la ***pax deum***, entre la ciudad y los dioses[222].

La Extispicina.- *El examen de las entrañas de las víctimas por los arúspices* ha sido objeto de numerosos estudios consagrados a esta disciplina que ha hecho la reputación de los sacerdotes toscanos y que fue llevada por éstos a un alto grado de refinamiento. Textos griegos, etruscos y romanos y documentos gráficos de origen diverso nos reseñan muy bien esta parte capital de la *ciencia adivinatoria etrusca*.

La consagración de una víctima a la divinidad, el sacrificio, constituye un momento privilegiado en la vida religiosa de diferentes pueblos. En ese instante, el dios que se ve honrado de este modo, expresa claramente sus disposiciones con respecto al feligrés, por el comportamiento mismo de la víctima que va al altar y que recibe después el golpe mortal, por la crepitación de las carnes sobre el brasero, por el color de la llama o por la rapidez de la ascensión del humo hacia el cielo. Aún más, las partes internas del animal, sus vísceras, ofrecían a la observación de los sacerdotes informaciones todavía más detalladas y más sutiles. La **extispicina** tenía por objeto recoger con método e interpretar estos datos preciosos y el arte del arúspice etrusco estaba en este aspecto tan adelantado como lo había estado en el segundo milenio antes de nuestra era el del **baru**, *sacerdote babilónico* cuyos complicados y absurdos secretos apenas pudieron ser penetrados hace una treintena de años[223].

---

[222] RAYMOND BLOCH; op. cit. pg. 53.

[223] RAYMOND BLOCH; op. cit. pg., 62 y 63.

III. QUINDECEMVIROS, ***Quindecemviri, sacris faciendis,*** *sacerdotes encargados de los libros de las Sibilas,* depositados en su poder, y a los que debían consultar en ciertas circunstancias difíciles cuando el Senado lo mandaba y ofrecer los sacrificios prescritos en ellos. Estos sacerdotes debían asistir a celebrar los juegos seculares.

LAS SIBILAS, eran mujeres a quienes los antiguos tributaron honores divinos y dirigían consultas porque se creía que habían sido favorecidas con el don de pronosticar el porvenir. Sus predicciones se recogían cuidadosamente y se ponían en verso. Se contaron hasta diez, y de ellas ha pasado a la posteridad, como la más famosa, la **Sibila de Cumas.**

En esta **Sibila**, oriunda de Cumas, era **sacerdotisa de Apolo**. *El enamorado dios, prendado de su hermosura, le concedió el espíritu profético y el favor que ella deseare.*

La Sibila pidió entonces el favor singularísimo de vivir tantos años como granos de arena había recogido en su mano. Pero, habiéndose olvidado de pedir también las gracias de la juventud duradera, llegó a una senectud escuálida y a una horrible consunción en términos de odiar muchas veces su existencia. Su voz, débil, añade la leyenda, no se apagará jamás y de tiempo en tiempo, aparece en otra mujer para pronunciar oráculos. *Vivió mil años y predijo acontecimientos notables de su época.* Nunca subió al trípode ni empleó otros medios para impresionar a los consultantes. *Daba sus respuestas de viva voz o escribía las profecías en hojas de árboles* que ponía a la entrada de su gruta dejándolas a merced del viento. Las personas que consultaban habían de ser hábiles y rápidas en recoger sus respuestas antes que fueran dispersadas en el bosque[224].

Su fundación, según dicen, tuvo el origen siguiente: en tiempo de **Tarquino el Soberbio** se presentó una mujer extranjera llamada **Amalthea,** proponiendo a este Príncipe que le comprase ***nueve libros sabilinos***, o de *oráculos proféticos*. El Rey no quiso darle lo que pedía por ellos, y la mujer se marchó y *quemó tres de aquellos libros*; poco después se presentó pidiendo por los seis libros que le quedaban el mismo precio que por todos nueve; el Rey se burló de ella teniéndolo por loca; pero la mujer se marchó otra vez, quemó otros tres libros y volvió proponiendo a aquel Soberano, que por los tres libros que le quedaban le diese lo mismo que había pedido al principio por todos. Según dice **Aulo Gelio,** *quemó los libros* en presencia del Príncipe. Entonces **Tarquino el soberbio** consultó a los **Augures** sobre el partido que debía tomarse. Los **Augures** manifes-

[224] S. SWARTHY; ***Tratado de Mitología,*** op. cit. pg. 37.

taron haber sentido mucho la quema de los seis libros y aconsejaron al Rey que le diese a la mujer todo los que pedía por los que le quedaban. **Amalthea** *entregó entonces sus libros, encargó que se guardasen con mucho cuidado y después desapareció sin que jamás se la haya vuelto a ver*, dice que **Amalthea** quemó solo dos libros y que el tercero fue el que se salvó. **Tarquino** nombró dos ciudadanos (***duumviri***) ilustres, para que guardasen estos libros llamados **Sibilinos** o **Versos**. Uno de estos guardas, llamado **Atilio**, faltó a su juramento y le impusieron la pena, adoptada después para los parricidas; esto es, le metieron vivo en un saco (***in culeum insui***), le cosieron para cerrarle bien y le echaron al mar. En vista de esto, el año 387 encargaron la custodia de estos libros a diez ciudadanos (***decemviri***), de los cuales cinco eran patricios y cinco plebeyos. Se cree que **Sila** aumento el número de individuos de este colegio hasta quince y **Julio Cesar** hasta dieciséis. El nombramiento de estos se hacía de la misma manera que el de los pontífices. Al jefe de este colegio le llamaban ***Magister Collegii***, Presidente.

Se creía que los libros de las Sibilas contenían el destino del imperio Romano y por esta razón en tiempo de calamidades públicas, o en casos en que la República estaba en peligro inminente, el Senado por lo regular mandaba a estos Sacerdotes que los consultasen (***adiri, inspicere vel cousulere***). Se custodiaban estos libros en el templo de Júpiter Capitolino, en un subterráneo de piedra; pero el año 670 de Roma, durante la guerra társica, se quemó el Capitolio y perecieron. Con este motivo se enviaron Embajadores a todas partes para buscar los oráculos de las Sibilas; porque en la misma Italia había otras Sibilas además de la que se había presentado a Tarquino. **Lactancio**, siguiendo a **Carron**, hace mención de diez, **Eliano** de cuatro, **Plinio** habla de tres estatuas de Sibilas que se erigieron en el Foro inmediatas a la tribuna. Se creía que Eneas había consultado con la Sibila principal, que era la de Cumes (***Sybilla Cumæa***) y por eso Virgilio la llama ***Deiphobe, longæva***, por su mucha edad. **Ovidio** le da el epíteto de ***vivax***. Llamaban **Sibila de Erithrea** (***Erythræa Sybilla***), ciudad de la **Jonia**: las respuestas de esta eran tan ambiguas, que siempre convenían a lo que se verificaba, *lo mismo que sucedía con las respuestas de la* **sacerdotisa de Apolo en Delfos**, sus versos estaban dispuestos de modo que las primeras letras formaban un cierto sentido, de lo que provenía el llamarlos acrósticos (***acrostichis***, o en plural ***acrostichides***). Los autores cristianos se han valido varias veces de los versos de las Sibilas en defensa de la religión; ero estas citas parecen supuestas.

Los **Quindecemviros** recogieron muchos versos sibilinos y formaron de ellos nueve libros, que Augusto mandó encerrar en dos cajas doradas

(***forulis auratis***), y después quemar todos los demás libros proféticos, fuesen griegos o romanos, que pasaban de dos mil (***fatidici libri***). Las dos cajas las colocaron en el templo de Apolo, que había en el monte Palatino, en la base de la estatua de esta divinidad. **Virgilio** alude a esto en la ***Eneida*** VI, 69. Augusto quería que los sacerdotes copiasen estos versos, porque la copia primera se hallaba degradada por el transcurso del tiempo.

El sacerdocio de los Quindecemviros era vitalicio: los que le obtenían estaban exentos del servicio militar y de toda carga civil; porque según parece estaban consagrados particularmente a Apolo y por eso cada uno de ellos (como sacerdote del dios), tenía en su casa un trípode de cobre (***cortina vel tripus***), parecido al que se sentaba la pitonisa, el que sirvió supone que era un taburete de tres pies o una mesita (***mensa***)[225].

IV. **SEPTEMVIRI**, eran unos sacerdotes que preparaban y ordenaban los ritos sagrados de juegos públicos, de las procesiones y de otras solemnidades. Los romanos para aplacar la cólera de los dioses acostumbraban establecer fiestas en honor de estos dioses, principalmente dedicadas a Júpiter (***epulum Jovis vel Jovi***), durante los juegos públicos (***ludorum causa***). Estas funciones religiosas llegaron a ser tantas, que los mismos Pontífices vieron que no podían asistir a ellas, y por eso fue preciso crear un orden de sacerdotes que sirviesen de ayudantes; y así el año de Roma 557 se empezó creando tres de estos **Pontífices supernumerarios** (***Triunviri epulones***); los cuales podían usar la ***toga pretesta*** como los Pontífices. Cuando los Epulones notaban alguna falta en los juegos públicos, o alguna cosa impropia de ellos, daban cuenta a los Pontífices (***efferebant***), y éstos mandaban algunas veces que los juegos se celebren de nuevo. Las fiestas sagradas se hacían con gran magnificencia, y de aquí provino el dicho ***cœnœ pontificum, vel pontificales et augurales***, para expresar un banquete suntuoso.

Los cuatro **Colegios de Sacerdotes se componían de los Pontífices**, de los **Augures**, de los **Septemviros** de las fiestas (***Septemviri epulonum***) y de los **Quindecimviros**. *Después de muerto Augusto*, cuando se determinó que se le tributasen los honores divinos, *se creó un quinto Colegio compuesto de Sacerdotes*, al que se le dio el nombre de ***collegium sodalium augustalium***. La palabra ***collegium***, quiere decir no sólo corporación de Sacerdotes, sino cualquier otra corporación de personas que se ocupaban de los mismos objetos, v. gr., los Cónsules.

---

[225] ADAM, Alejandro; ***Antigüedades Romanas***, Tomo II, op. cit. pg. 340 a 347.

Además de estas corporaciones de Sacerdotes, aun había otras de la misma Roma que eran de menos importancia, sin embargo que se componían de sujetos distinguidos por su clase.

1° **LOS DOCE FRETRES AMBARVALES**, que ofrecían sacrificios para obtener el que las cosechas fuesen buenas, ***ut arva fruges ferrent***, Varrón, IV, 15. A estos sacrificios se llamaban ***sacra ambarvalia***, porque hacían que la víctima anduviese alrededor de los campos cultivados, ***arva ambiebat, ter circumibat hostia fruges***. «*Toda la juventud campesina debe rendir a tu lado culto a* ***Ceres****, en su honor has de fundir panales de miel en leche y vino dulce; que dé tres vueltas en torno a las nuevas mieses la víctima propiciatoria, que la siga en procesión todo el coro de sus compañeros en fiesta, pidiendo a gritos a la diosa que entre en sus hogares*» **Virgilio**. ***Geórgicas***, I, 345, y a la víctima la llamaban ***hostia ambabalis***. Un montón de gente de los lugares vecinos seguían detrás, y a los edificios sagrados les ponían guirnaldas colgadas y hojas de encina: el Pueblo bailaba y cantaba himnos a **Ceres**, a quien hacían libaciones de miel mezclada con leche y vino, ***cui tu lacte favos, id est, mel et miti dilue***. Estos ritos se hacían en público o en particular antes de comenzar la cosecha.

Se dice que **Rómulo** *fundó este Colegio* en honor del ama que le crió, llamada **Acca Laurencia**, que tenía doce hijos. Uno de éstos murió, y **Rómulo** para consolar a la madre le dijo que él sería otro hijo para ella, y dio a sus doce hermanos el nombre de **Fratres Arvales**. Este Sacerdocio era vitalicio, y se conservaba aun cuando el sujeto se hallase cautivo o desterrado. Los Sacerdotes de este Colegio llevaban una corona de espigas de trigo (***corona spicea***), y una cinta blanca de lana que daba varias vueltas a la cabeza, ***ínfula alba***.

2° **CURIONES**, eran treinta Sacerdotes encargados de celebrar las ceremonias religiosas de treinta Curias (***Criæ***). También se llamaban **Curiones** los Heraldos encargados de publicar durante los espectáculos, bien fuese los edictos del Príncipe, o los decretos o actas del Pueblo.

3° **FECIALES O FETIALES**, Sacerdotes, o más bien diremos Ministros sagrados, que se enviaban para declarar la guerra o hacer la paz, **Tito Livio**, IX, 5. Cuando se firmaba un tratado de paz, el Fecial que juraba en nombre del Pueblo Romano, se llamaba ***pater patratus***. **Numa Pompilio** fundó los Feciales (***collegium fecialium***), cuya institución tomó de los griegos, según Dionisio. Les pertenecía conocer todo lo concerniente a las declaraciones de guerra, y a la conclusión de los tratados de paz. «*Que los feciales sean intermediarios de las condiciones*

de paz, de las de la guerra y de las treguas, y que no sean vengadores: que actúen de árbitros en las guerras».- **Cicerón**, ***Sobre las Leyes***, II, 9. **Anco** les prescribió las fórmulas de que debían servirse. Siempre llevaban en la mano **verbena** (***vel verbena***), de la que formaban guirnaldas para adornar sus templos. La verbena es una especie de yerba tierna (***sagmina vel herbæ puræ***), que nacía en cierta parte del **Capitolio**, y la arrancaban con el cepellón, y por eso al jefe suyo le llamaban **Verbenarius**. Los Feciales, cuando iban a concluir un tratado de paz, llevaban en la mano un manojo de verbena como signo de paz, y un pedernal para matar la víctima que debía inmolarse (***privos lapide sílices, privasque verbenas***), **Tito Livio** XXX, 43.

4° **SODALES**, ***Titii vel titienses***, Sacerdotes creados por **Tito Tacio** para conservar los ritos de los sabinos: algunos escritores dicen que **Rómulo** los fundó en honor a **Tacio**. A semejanza de esta fundación se hizo la de los Sacerdotes llamados **sodales** cuando se concedió a Augusto la apotheosis, **Suetonio**, ***Vidas de los Doce Césares***, *Claudio*, 6; *Galba*, 8 [226].

5° **SUPREMO SACERDOTE** (***Rex sacrorum vel rex sacrificulus***). Expelido Tarquino se creó este Sacerdote dándole el cargo de hacer los ritos sagrados que hacían los reyes en persona; cargo que se tuvo por de poca importancia, y más porque éste, lo mismo que los demás sacerdotes, estaban a órdenes del Gran-Pontífice. «*Como algunos sacrificios públicos habían sido realizados habitualmente por el propio rey, a fin de evitar que en ningún terreno se echase en falta a los reyes, crearon un rey de sacrificios. Pero este sacerdocio lo subordinaron al pontífice máximo, no fuera a ser que, si unían a tal título una función relevante, pusiesen alguna clase de cortapisas a la libertad, que era la principal preocupación del momento*», **Tito Livio**, ***Historia de Roma desde su Fundación***, II, 2 [227].

6. SACERDOTES DE DIVINIDADES

Los Sacerdotes de las divinidades particulares llevaban en la cabeza un sombrero o redecilla, y por eso los llamaban **Flamines** (***a filo vel pileo***). Los principales Sacerdotes de esta clase eran:

[226] SUETONIO; *Vidas de los Doce Césares*, Libros I - VIII, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001.

[227] ADAM, Alejandro; ***Antigüedades Romanas***, Tomo II, op. cit. pg. 346 a 353.

1° (*EL FLAMEN DIALIS*), **Sacerdote de Júpiter**[228], que se le conocía porque le precedía un Lictor, porque usaba de **silla curul** (***sella curulis***), y porque llevaba la **toga pretesta** (***toga prætexta***), **Tito Livio**, I, 20. Por su empleo tenía plaza en el Senado (***Flamen Martialis***), Sacerdote de Marte, y (***Flamen Quirinalis***), Sacerdote de Rómulo, estos tres sacerdotes casi siempre eran patricios y fueron creados por **Numa**, el cual al principio él por sí mismo hacia de Sacerdote; en los tiempos posteriores el Pueblo nombró estos Sacerdotes. Hecho el nombramiento por el Pueblo, se llamaban electos (***electi, designati, creati vel destinati***), «*Cuando **Julio César** contaba quince años fue designado para ser flamen dial y, tras separarse de **Cosucia**, de familia ecuestre, pero muy rica, con la que habían prometido cuando aún llevaba él la toga pretexta*", **Suetonio**, ***Vidas de los Doce Césares***, Julio César, 1, después el Gran Pontífice y los Augures se instalaban solemnemente.

El vestido de los Flamines era de púrpura, y le llamaban **LÆNA**, le llevaban encima de la toga, y por eso **Festo** dice que el vestido de los Flamines es doble (***duplex amictus***). En la cabeza llevaban el ápex, que era un bonete cónico. Posteriormente se crearon otros **Flamines menores** (***minores***) que podían ser plebeyos; de éstos era el **Flamen Carmenta**. Después de la apoteosis de los Emperadores deificados, se les creaban Flamines, lo mismo que los del Colegio de los Sodales, y por eso había un **Flamen Cæsaris**.

El empleo de **Flamen de Júpiter** era gran dignidad (***maxime dignationis inter XV Flamines***) **Festo**, sin embargo que tenía ciertas privaciones, v. gr., las de que por ningún motivo podía ir a caballo, no dormir un día fuera del pueblo. **Su mujer** (***flaminica***) tenía ciertas obligaciones particulares. «*Pues la sagrada esposa del flamen dial me habló en esta forma: Hasta que el **Tíber** apacible no haya acarreado hasta el mar en sus aguas rojizas la purificación del templo de la **Vesta troyana**, no es lícito peinarme el pelo con un peine dentado, no cortarme la uñas con un instrumento de metal, ni tocar a m i marido, aun cuando él es sacerdote de Júpiter, aun cuando me ha sido entregado en ley de por vida*» **Ovidio**, ***Fastos***, VI, 228 a 234; pero no podía ser repudiada, y *si fallecía, el viudo tenía que renunciar a su dignidad*, porque no podía celebrar ciertas ceremonias religiosas sin que ella asistiese.

---

[228] Nadie podía trabajar en presencia de este Flamen, y por eso cuando salía de casa llevaba delante de sí un portero (*proclamator*), para advertir a los trabajadores que parasen su trabajo, Macrobio.

2° **SALIOS**, ***Salii***. *Doce Sacerdotes de Marte*, creados por **Numa**, llamados así de la costumbre que tenían de correr por el Pueblo bailando los días de fiesta solemnes, ***a saltu nomina ducunt***, , **Virgilio**, ***Eneida***, VIII, 663, a saltando. Su vestido era una túnica bordada (***tunica picta***), y la toga ***pretesta vel trabeat***, con un cinturón de cobre, y en la cabeza se ponían un bonete alto y puntiagudo (***apex***); llevaban su espada al lado, y en la mano derecha una lanza o una varita, y en la izquierda uno de los escudos de Marte (***ancilia***). Los ***Salios*** iban al **Capitolio**, atravesaban el **Foro**, y pasaban por los parajes más públicos del Pueblo cantando himnos sagrados, que según decían los había compuesto **Numa**. **Festos** llama a estos versos ***Axamenta, vel assamenta***, porque estaban escritos en tablillas.

A principios de marzo celebraban los **Salios** sus danzas más solemnes, porque esta época se tenía por el aniversario del día que había bajado del cielo el escudo sagrado. Esta costumbre tenía cierta relación con las danzas guerreras de los griegos, llamadas ***curetes***, de Creta, donde se había investido esta especie de baile, **Pyrriche**, que se atribuía a Minerva, o según las fábulas de los poetas, a los **Curetes**, que fueron los que cuidaron de **Júpiter** cuando era niño. Estos para evitar que su padre Saturno descubriese que estaba vivo, tocando sus címbalos y haciendo ruido con sus armas, consiguieron que no oyese los chillidos y llantos de Júpiter.

Para poder entrar en el **Colegio de los Salios**, era necesario ser hijo de Roma, libre y que viviesen el padre y la madre del pretendiente: debían tambié*n* ***ser patricios, y por eso Lucano dice que eran lecta juventus patricia***, **Lucano, *Farsalia***, IX, 478[229]. Sus procesiones my danzas ce concluía con un espléndido banquete. *«Claudio, siempre con ganas de comer en cualquier circunstancia y lugar, un día en que estaba juzgando en el* ***Foro de Augusto*** *y le llegó el olor de la comida que estaban preparando para los* ***salios*** *en el* ***cercano templo de Marte****, abandonó el tribunal, subió hasta donde estaban los sacerdotes, y se sentó a la mesa con ellos»*, **Suetonio**, ***Vidas de los Doce Césares***, *Claudio*, 33; y por eso **Horacio** dice ***Saliares dapes***, por los platos exquisitos. **Tulio Hostilio** creó los **doce Salios**, a quienes dio el nombre de **Agonales**, **Agonalenses** o **Collini**, porque tenían un templo en el monte **Colino**, y los que había fundado **Numa** tenían su templo en la cumbre del monte **Palatino**, y por eso para distinguirlos a estos los llamaban **Palatinos** (***Palatini***).

---

[229] LUCANO, ***FARSALIA***, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001.

3° **LUPERCOS,** ***Luperci***: Sacerdotes de Dios Pan, que los llamaron así (***a lupo***), porque se miraba a este Dios como el que libertaba los ganados de los daños que les causaban los lobos, **Virgilio**, ***Eneida***, VIII, 343; y por eso el lugar en el que se adoraba se llamaba **Lupercal**, y las fiestas **Lupercalia**; estas se celebraban en febrero, y consistían en ir corriendo los **Lupercos** *enteramente desnudos* por todo el Pueblo, *llevando sólo un cinturón de piel de macho de cabrío en mitad del cuerpo*, y *en la mano unas correas de la misma piel*, con que sacudían a los que encontraban, especialmente a las casadas, las que no huían, porque esperaban que recibiendo estos correazos serían fecundas, **Ovidio**, ***Fastos***, II, 427 y 445.

En Roma había *tres corporaciones* (***sodalites***) de **Lupercos**, la **Fabiana** y la **Quintiliana** (***a Fabio et Quintilio præpositos suis***), que eran las más antiguas, y la **Julia**, fundada por **Julio César**, que tuvo por primer jefe a **Antonio**. Este aún siendo Cónsul, asistía como **Luperco** a todas sus funciones, y fue casi desnudo con sus Lictores a la **Plaza de Julio** (***fórum Julium***), y después de haber arengado al pueblo desde la tribuna (***nudus concionatus est***), para que se ejecutase un proyecto, que se cree que fue aprobado por **César**, *ofreció una corona a este Dictador que se hallaba sentado en una silla de oro, vestido de púrpura, y con una diadema de oro que le habían concedido, y rodeado de todo el Senado y del Pueblo.* **Antonio** *procuró muchas veces ponerle en la cabeza la corona que tenía en su mano*, saludándole con el tratamiento de Rey, y asegurándole que lo que decía y hacía era conforme a lo que deseaba el Pueblo Romano; pero **César** conociendo por los semblantes que el Pueblo no lo aprobaba, *se negó a admitir la corona, y declaró que sólo Júpiter era Rey de Roma*, y tomando esta insignia de la suprema autoridad, la ofreció y envió a **Júpiter Capitolino**, como Dios protector del Estado.«***César*** *durante las* ***Lupercales*** *rechazó en la tribuna de las arengas la diadema que el cónsul* ***Antonio*** *había acercado repetidamente a su cabeza y la envió al Capitolio como ofrenda a* ***Júpiter Óptimo Máximo***», **Suetonio**, ***Vidas de los Doce Césares***, *Julio César*, I, 79, 2. No hubo tampoco ninguno de los sucesores de César que tomase el título de Rey, no aun cuando estuvieran disfrutando del mayor poder.

La corporación de los **Lupercos** se miraba como la más antigua, porque se atribuía su fundación a **Evandro**, **Ovidio**, ***Fastos***, II, 279; **Tito Livio**, I, 5, y también fue la que más duró, porque no se abolió hasta el tiempo de **Anastasio**, que murió el año 518 de Jesucristo.

4° ***LOS POTICIOS O PINARIOS*** (***Potitii i Pinarii***) eran los *Sacerdotes de*

Hércules, creados por **Evandro, Tito Livio**, ***Historia de Roma desde su Fundación***, I, 7; Virgilio, Eneida, VIII, 270. Inmediatamente después que **Hércules** venció a **Caco**, que les edificó un altar, que llamo **Maxima**, dedicado a esta divinidad, que según decían estos Sacerdotes les había enseñado los ritos sagrados que practicaban. Estos Pontífices eran entonces de dos familias distinguidas del papis: los **Pinarios** y los **Poticios**, y parece que los **Pinarios** se descuidaron, y llegaron al sacrificio cuando se habían ya consumido las entrañas de la víctima, ***extis adesis***, y **Hércules**, para castigar esta negligencia, les privó para siempre el que tocasen a las entrañas de la víctima; de modo que desde aquel tiempo sólo estuvieron como meros asistentes a los ritos sagrados. Los **Poticios** enseñados por **Evandro**, han continuado durante muchos siglos siendo los presidentes de los sacrificios de **Hércules**; hasta que los **Pinarios**, bien fuese por consejo o bien por influjo del Censor **Apio Claudio**, *confiaron su misterio a esclavos públicos*, y toda la raza de los **Poticios**, que constaba de doce familias, desapareció en solo un año; pero poco después fue asesinado **Apio**.

5° **LOS GALOS** (***Galli***), *Sacerdotes de Cibeles*, madre de los Dioses, cuyo nombre tomaron de **Gallus**, río de la **Frigia**, cuyas aguas volvían insensatos a los que las bebían, y les hacían que ellos mismos se mutilases las partes sexuales, con un cuchillo de piedra o de ladrillo de Samos, **Ovidio**, ***Fastos***, IV, 223. Todos eran originarios de **Frigia**. Los días en que ellos celebraban sus fiestas llevaban en procesión la Diosa, haciendo ellos mismos gestos extravagantes, volviendo a un lado y otro la cabeza, y dándose golpes de pecho al son de la flauta (***tibiæ berecyntiæ vel buxi***), y haciendo mucho ruido con tambores y címbalos, **Virgilio**, ***Eneida***, IX, 619. Algunas veces también se hacían incisiones en los brazos, y preferían predicciones melancólicas y terribles, **Lucano**, ***Farsalia***, I, 565. En el equinoccio de la primavera celebraban la **Hilaria**, fiesta en que lavaban en el **Tíber**, en su confluencia con el **Almo**, con ciertas solemnidades, la imagen de **Cibeles**, su carro, sus leones y todo cuanto pertenecía a su culto, cada año recorrían todos los campos, e iban mendigando (***stipem emendicantes***); práctica expresamente prohibida a todos los demás Sacerdotes. **Ovidio** ha descrito poéticamente el *culto de Cibeles* y cuantas particularidades había en las ceremonias, que estaban mezcladas de expresiones muy indecentes.

LAS VESTALES (vírgenes Vestales), vírgenes consagradas al culto de Vesta, instituto tomado de la ciudad de **Alba**, porque **Rhea Silvia**, madre de Rómulo, era Vestal y originaria de Troya. Virgilio, La Eneida, II, 296 **Numa** al fundarlas en

Roma, solo puso cuatro. **Tarquino** el antiguo, o **Servio Tulio**, añadieron dos, y después siempre subsistió este número.

Los Reyes nombraban las Vestales desde que se habían fundado, pero después de la expulsión de los Reyes, las elegía el Gran-Pontífice. Al vacar una plaza de Vestal, el Gran-Sacerdote debía escoger, con arreglo a la ***Ley Porcia***, dieciséis solteras de seis a dieciséis años, sin defecto corporal (requisito que se exige de todas las personas dedicadas al culto de los dioses), cuyos padres viviesen, y que fuesen hijas de ciudadanos libres. Después, están do junto al pueblo, se echaban suertes y se decidía cuál de estas jóvenes debía entrar en la vacante. Cuando la suerte había decidido la persona, el gran Dios Sacerdote se iba a casa de los padres de la electa y la cogía, como quien coge un prisionero en la guerra (***manus prehensan a Parente veluti bello captam adducebat***), y la decía: **Te, Amata, capio**. Según se explica **Aulo Gelio**, este era el nombre de la primera romana que fue elegida Vestal, y por eso se dice ***capere virginem Vestalem***, por elegir; expresión que se usaba también por el Sacerdote de Júpiter, por los Pontífices y para los Augures. En los tiempos posteriores no hubo necesidad de recurrir a la suerte para elegir las Vestales, porque el Gran Pontífice podía elegir, con anuencia de los padres de la interesada, aquella que reunía las calidades requeridas. En caso que no se presentase voluntariamente ninguna pretendiente, entonces, según la práctica antigua se recurría a la suerte, **Suetonio**, ***Vidas de los Doce Césares***, *Augusto*, 31.

El ministerio e las Vestales duraba treinta años; en los diez primeros se instruían en las prácticas religiosas, en los diez siguientes los empleaban en enseñar a las Vestales jóvenes. Las Vestales cumplidos los treinta años de su ministerio podían salirse del templo y casarse; pero rara vez se aprovechaban de esta libertad y su mudanza de estado siempre se tenía por de mal presagio.

La obligación de las Vestales era: 1° Mantener perpetuamente encendido el fuego sagrado; de lo que proviene el ***æternæque vestæ oblitus***. Hacían la guardia de noche junto al hogar alternando y la que por descuido dejaba apagar el fuego, era azotada por el Gran Pontífice (***flagris cœdebatur***). «*Eso fue lo que sucedió en el campamento, mientras tanto. En la propia Roma aparecieron muchas señales de los dioses bajo la forma de voces y visiones inusuales, como indicaciones de la cólera divina. Y todo apuntaba a esto, según manifestaron los adivinos y los intérpretes de prodigios: que algunos dioses estaban irritados porque no recibían los honores acostumbrados, pues sus ritos no se estaban realizando ni con pureza ni con piedad. Después de esto, tuvo lugar una búsqueda exhaustiva por parte de todos y, por fin, se denuncio ante lis Pontífices que una de las vírgenes que guardaban el fuego sagrado, cuyo nombre era* ***Opimia****, estaba contaminando los ritos por haber perdido la virginidad. Y los Pontífices, averiguando mediante torturas y otras pruebas del delito denunciado era cierto, le quitaron a esta de la cabeza las cintas y, conducién-*

dola en procesión a través del Foro, la enterraron viva dentro de la muralla, y a los dos hombres que fueron convictos de haber llevado a cabo la violación, los azotaron públicamente e inmediatamente les dieron muerte y después de esto, los sacrificios y los augurios fueron favorables, mostrando que los dioses habían despuesto su cólera contra ellos»., **Dionisio de Halicarnaso, *Historia Antigua de Roma***, VIII, 89[230]. Se tenía por tan mal presagio el apagarse el fuego sagrado, que exigía sacrificios extraordinarios y expiatorios, y el fuego no se volvía a encender, sino por medio del sol. El día primero de marzo en que antiguamente se comenzaba el año se renovaba el fuego por medio de los rayos solares. 2° El guardar las prendas secretas del imperio que según se cree eran el (***palladium***). Este depósito se guardaba en lo más recóndito del templo, donde nadie entraba, a no ser las vestales, o por mejor decir sólo la decana de las vestales. En ciertos casos las sacerdotisas quitaban este precioso depósito de este templo de Vesta, como en las sediciones del Pueblo, en los incendios. En el terrible fuego que hubo en el año 512 de Roma, el Gran Pontífice **Metelo** le salvó pasando por medio de las llamas, con riesgo de su vida, tanto que perdió la vista y por consiguiente su dignidad. Pero este gran servicio fue premiado erigiéndole una estatua en el Capitolio. 3° Por último, el observar constantemente los ritos sagrados de la diosa. Se creía que sus oraciones eran oídas benignamente por los dioses. Pedían en sus oraciones al dios **Facino** que les preservase de tener envidia.

El vestido de las vestales era blanco, largo, guarnecido de púrpura; el pelo le traían hecho trenzas (***infulæ***) y con cintas (***vittæ***), por eso la gran Vestal (***vestalis maxima***) la llama Lucano, encintada, ***vitata sacerdos***, o solo **vitapa, Juvenal, *Sátiras***, IV, 10[231]. A estas sacerdotisas, inmediatamente que se las nombraba las cortaban el pelo y le quemaban dentro del pueblo, debajo de un loto viejo o de un aliso; pero esto no quitaba el que después se dejasen crecer.

Las Vestales gozaban de muchos honores y grandes prerrogativas. Los Pretores y los Cónsules, cuando las encontraban, las saludaban haciendo rendirlas las haces; y se apartaban para dejarlas pasar, para mostrarlas su respeto, en público las acompañaba un Lictor, a lo menos desde el tiempo del primer triunvirato. Según Plutarco siempre fueron escoltadas de este modo, in **Numa**. Estas Sacerdotisas cuando salían iban en carruaje (***carpento vel pilento***). En los espectáculos públicos tenían un asiento señalado de los más distinguidos. No se les podía obligar a prestar juramento, y si accedían a prestarle, jamás juraban sino por Vesta. Podían testar aun antes de la edad que exige la ley; porque no estaban como las demás mujeres, bajo

---

[230] **DIONISIO DE HALICARNASO**; ***Historia Antigua de Roma***, Editorial Biblioteca Clásica Gredos, S.A., Madrid, 1989, pg. 235.

[231] **JUVENAL, Persio**; *Sátiras*, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001, pg. 79 y 80.

la autoridad de un pariente o de un tutor. Las Vestales tenía el derecho de perdonar a un reo condenado a una pena capital, si le hallaban por casualidad.

El atrio (***atrium vestæ***) donde habitaban las Vestales era probablemente un edificio contiguo al templo y palacio de **Numa**, o por mejor decir una parte de este edificio.

Si una Vestal quebrantaba el voto de castidad, los Pontífices la juzgaban y la condenaban enterrarla viva; lo que se ejecutaba con ciertas solemnidades en el **Campo Maldito** (***Campus Sceleratus***), paraje que estaba cerca de la puerta colina (***porta Collina***) y a su amante le azotaban con barras en el **Foro** (***Forum***) hasta que moría. Según se dice esta pena lo estableció **Tarquino el Antiguo**[232].

7. LUGARES Y CEREMONIAS DEL CULTO

Los templos eran los lugares consagrados al culto de los dioses Templa; los Augures los consagraban, y de aquí vino el de calificarla de Augusta. Al templo que erigió Agripa en tiempo de Augusto, y que dedicó a todo los dioses se llamaban **Pantheón, Dionisio**. Un Templito o una Capilla se llama ***sacellum*** o ***ædicula***; un bosquecillo o un monte que tenía algún culto religioso se llamaba ***Lucus.*** Se creía que las divinidades frecuentaban los bosques y las fuentes.

La adoración de los dioses consistía principalmente en oraciones, ofrendas y sacrificios. Todo acto religioso iba acompañado de una oración especial, y se tenía como necesario el decirla con las mismas palabras con que estaba concedida. Según la naturaleza del sacrificio, así variaba la formula de estas oraciones.

Creían que la mayor parte de los dioses de día se estaban en el cielo y de noche bajaban a la tierra para observar las acciones de los hombres; excepto las estrellas, que hacían lo contrario.

Cuando los Romanos rezaban tenían por lo común la cabeza cubierta (***capite velato vel operto***), y los ojos mirando a Oriente, y el Sacerdote empezaba la oración (***verba præibat***). Tocaban con frecuencia el altar, o las rodillas de las estatuas de los dioses, y daban vueltas al altar yendo de izquierda a derecha **Tito Livio** V, 21, algunas veces se ponían la mano derecha en la boca, y de ahí vino la palabra adoración (***adoratio***), y se postraban.

Los habitantes antiguos de roma observaban la misma practica cuando hacían un voto (***vovede***), ***vota facere***, ofrecían edificar templos, celebrar los juegos que llamaban ***Ludi votivi***, ofrecer sacrificios, hacer ofrendas, el dar cierta parte del botín que se hacía en una Ciudad, y también lo que llamaban ***ver sacrum***; esto

---

[232] ADAM, Alejandro; ***Antigüedades Romanas***, Tomo II, op. cit. pg. 354 a 377.

es, ofrecían dar todo el ganado que les naciese desde el primero de marzo hasta el fin de abril.

Algunas veces escribían estos votos en papel o en tablitas enceradas, las cerraban y sellaban (***obsignare***), y con cera las pegaban a las rodillas de las imágenes de los dioses, con lo que creían que les serian propicios.

Del que hacia un voto se decía que era deudor del voto, ***voti reus***, y cuando alcanzaba lo que pedía (***voti compos***) ***voti damnatus***, obligado a cumplir su promesa. La fiesta que se hacía porque se había prometido, se llamaba ***polluctum*** (***epulum votivum***). Los que pedían a los dioses que les socorriesen, por lo común dormían en el mismo templo (***imcubare***), esperando que durante el sueño la divinidad les advertiría una cosa.

Los que se salvaban de un naufragio acostumbraban colgar sus vestidos en el templo de ***Neptuno***, poniendo a lado un cuadro (***tabula votiva***) que representaba el naufragio y el modo como se había salvado. Del mismo modo los soldados cuando se retiraban colgaban sus armas en el templo de Marte, y los gladiadores su espada en el templo de Hércules. Los poetas cuando habían compuesto sus obras, ofrecían y colgaban en el templo de Apolo su pelo en trenzas.

Augusto, después de haber perdido algunos navíos en una borrasca, se manifestó resentido de Neptuno, y prohibió el que en las próximas fiestas del circo se llevase la imagen de Neptuno entre las de los demás dioses.

Después de todo buen suceso, y alcanzar algún favor, se daban gracias a los Dioses (***gratiarum actiones***), y estaban persuadidos de que las divinidades, después de haber hecho a los hombres algún beneficio señalado, los afligían con algún revés por instigación de **Nemesis**. Para libertarse de estos reveses, **Augusto**, según se cree tuvo un sueño, y de resultas cada año en cierto día pedía limosna y alargaba la mano al que quería dársela.

Los que ofrecían sacrificios debía presentarse ante los altares castos y puros: para esto era necesario que antes se bañasen y se presentasen vestidos de blanco, y en la cabeza debían llevar una corona de hojas del árbol consagrado al Dios que iban adorar. A veces se vestían como suplicantes con vestido largo, sin cinturón, el pelo suelto y descalzos. Las promesas y las oraciones siempre se hacían antes que el sacrificio.

Los animales destinados para víctimas no debían tener mancha ni defectos; era preciso que no se les hubiese puesto el yugo, y por consiguiente los escogían los sacerdotes en el mismo rebaño o manada, y los marcaban con greda; y por eso las llamaban ***egregiæ, eximiæ, lectæ***. Las adornaban con cintas, con guirnaldas de flores, y les doraban los cuernos.

Los ministros llamados **Popæ**, eran los que conducían la víctima al altar: tenían el vestido arremangado e iban desnudos de medio cuerpo arriba. La cuerda al que estaba atado el animal debía quedar floja, para que no pareciese que la víctima estaba violentada, porque se había mirado como de mal presagio; por esta misma razón a la víctima se le dejaba libre delante del altar, porque el que huyese se habría tenido por malísima señal.

Entonces se imponía silencio, y se tomaba una torta salada hecha de harina y miel, ***mola salsa vel fruges salæ***, esto es ***far tostum, conminutum et sale mixtum***, la cual se bañaba con vino encima de la cabeza de la víctima, ***inspergebatur***, y en el testuz del animal entre los cuernos echaban vino mezclado con incienso. El sacerdote probaba el vino, y se le daba a probar a los asistentes que estaban en su alrededor, y a esto se llamó libación, ***libatio***; entonces se decía que la víctima era ***macta vel magis aucta***, y por eso ***inmolare y mactare***, se toman por sacrificar; porque los romanos se abstenían con mucho cuidado de usar las palabras de presagio siniestro; tales como ***cædere, jugulare***. En seguida el Sacerdote le arrancaba a la víctima los pelos más largos de entre los cuernos, y los echaba en la lumbre y esto se llamaba ***libamina prima***, y luego el **Cultrarius**, que era otro de los ministros, con una hacha o con un mazo (***malleo***), le daba a la víctima, al instante que el Sacerdote le respondía a su pregunta **Agone**; entonces con un cuchillo se degollaba el animal, ***jugulabatur***, y se derramaba en el altar la sangre que estaba recogida en unos vasos; después le desollaban y le partían y a veces quemaban la víctima, en cuyo caso el sacrificio se llamaba Holocausto, ***holocaustum***; pero lo más regular era quemar solo parte de la víctima, y la restante se repartía entre los Sacerdotes y el que ofrecía el sacrificio.

Los Arúspices examinaban las entrañas de las víctimas inmoladas (***exta consulebant***), y si presentaban signos favorables, si ***exta bona essent***, se declaraba que el sacrificio era acepto de los Dioses, o que su cólera se había calmado, ***diis litasse***; pero en caso contrario (***si exta non bona***) ***vel prava et tristia assent***, se inmolaba otra víctima, y a veces muchas.

La parte que los Sacerdotes examinaban con mayor cuidado era el hígado, porque creían que en él se encontraban los presagios más ciertos de lo futuro, y por eso le llamaban ***Caput Extorum***.

Concluido el sacrificio, el Sacerdote se lavaba las manos, rezaba ciertas oraciones, hacía una nueva libación, y despedía los concurrentes con esta fórmula, ***Ilicet o ire licet***.

La ceremonia se terminaba con un banquete, ***epulæ sacrificales***, que preparaban con suntuosidad los **septemviri epulones**, cuando el sacrificio se había ofrecido en nombre del Pueblo; los particulares daban una gran comida a sus amigos

on motivo de la parte de la víctima que les había tocado, ***sacra tutelare suam partem***), ***pars est data celera mensis.***

En los días en que se celebraba con solemnidad alguna cosa, y especialmente con motivo de los funerales, se acostumbraba distribuir al pueblo carne cruda, lo que llamaban ***Visceratio***; porque la palabra **viscera**, significa no solo las entrañas, sino también la carne que hay entre el pellejo y el hueso del animal.

Los sacrificios que se ofrecían a las divinidades celestiales, diferían en algunos rotos particulares de los que se hacían a las infernales.

A las primeras se **inmolaban víctimas blancas** criadas a orillas del **Clitumno,** o en el país de los **Faliscos**, las lavaban la cabeza (***sursum reflectebatur***) antes de darlas el golpe, y el Sacerdote les metía el cuchillo de arriba abajo, ***imponebatur***, y la sangre corría por el altar, o se recogía en vasos. *Las víctimas que se ofrecían a los Dioses infernales eran negras*, las hacían bajar la cabeza antes de inmolarlas, ***pronæ***, les metían el cuchillo por debajo del cuello de abajo a arriba, ***supponebatur***, y la sangre iba a un foso.

Los que ofrecían sacrificios para pedir alguna cosa a las divinidades celestiales, debían ir vestidos de blanco y haberse bañado enteramente, hacer las libaciones con la mano vuelta al levantar la copa, ***fundendo manu supinâ***, y al hacer las oraciones tener las palmas de las manos mirando al cielo. Al contrario, los que hacían el sacrificio a los dioses infernales debían presentarse vestidos de negro, purificándose con sólo echar agua sobre su cuerpo, y volver la mano, cuando hacían las libaciones, de modo que la copa se vertiese al lado izquierdo, y después enseguida echar la copa a la lumbre. Mientras hacían las oraciones debían tener la palma de la mano mirando a tierra, a la que pateaban.

Los romanos también inmolaban víctimas humanas, porque según una ley de Rómulo, que **Dionisio** llama ***lex proditionis***, se ofrecían o sacrificaban a **Plutón** y a los dioses infernales los delincuentes de ciertos crímenes, tales como el de traición y de revolución, y así cualquiera podía matarlos impunemente. Un Cónsul, un Dictador o un Pretor no sólo podían ofrecerse ellos mismos para ser sacrificados, sino ofrecer cualquier individuo o ciudadano perteneciente a una legión; dichos magistrados tenían la facultad de hacerlos sacrificar como victimas expiatorias. *Según parece en los primeros siglos de la República, cada año se sacrificaban víctimas humanas*; ***pero el año 657 cesó esta horrible práctica, porque el Senado mandó expresamente que no se sacrificasen los hombres.*** **Plinio** *dice que el género humano debe estar muy reconocido a los Romanos por haber abolido esta costumbre.* Sin embargo los historiados hablando del tiempo de **Julio César** y del año de la ciudad 708, citan dos hombres a quienes los Pontífices y los Flamines

del Dios Marte sacrificaron, como víctimas ofrecidas a este Dios, en el Campo de Marte, y con todas las solemnidades acostumbradas.

El altar (***ara vel altare***) en que se ofrecían los sacrificios, tenía cierta altura. En la frase pro ***aris et focis***, la palabra ***ara*** es el altar colocado en medio de la casa, ***impluvium***, que era el paraje en que se adoraban los **Penates**, y **Focus**, por el hogar en el atrio, ***atrium***, que era el puesto en que se adoraban los **Lares**. En los templos había un lugar separado, en que sólo podían entrar los sacerdotes, y que se llamaba ***aditum***, el cual era muy respetado.

Los altares se cubrían de hojas y de verbena, y se adornaban con flores, atadas con cintas de lana.

En **Roma** y en **Grecia** *los templos eran lugares de asilo* (***asilum***); lo mismo que entre los judíos, particularmente para los esclavos que intentaban libertarse de la crueldad de sus amos; para los deudores insolventes y para los delincuentes. Cuando estaban acogidos en estos lugares, el tocarlos se miraba como una impiedad. Las leyes prohibían expresamente el que se lo sacase por fuerza de estos lugares de asilo. Pero algunas veces cercaban con fuego y materias combustibles estos asilos, para que los que se habían refugiado no fuesen echados o extraídos por los hombres, sino por un Dios (***Vulcano***); otras veces tabicaban el templo y demolían el techo, ***tectum sunt demoliti***, para que el refugiado pereciese a la inclemencia, y por eso se toma ***ara*** por ***refugium***.

Los **Triumviros** erigieron una capilla en el paraje del **Foro**, ***Forum***, en que quemaron el cadáver de Cesar, y mandaron que al delincuente que se acogiese a este asilo no se le impusiese ninguna pena; privilegio que, como dice **Dion**, jamás se había concedido hasta entonces, ni aun en honra de los Dioses, porque el asilo de Rómulo, distinguido por esta grandísima prerrogativa, era asilo en el nombre, porque estaba tan cerrado el paso para entrar, que era casi imposible el poderse acoger a él. También es menester confesar que la *capilla de Cesar* no siempre fue asilo inolvidable, porque *Augusto hizo dar muerte al hijo de Antonio*, sin embargo que se había acogido a ella.

Para los sacrificios se empleaban muchas especies de vasos y de *instrumentos*, como incensarios para quemar el incienso, ***acerra vel thuribulum***, ***simpulum vel simpuvium***, ***guttum***, ***capis capidis***, patera, copas para las libaciones; ***ollæ***, vasos; trípodes ; ***secures vel bipennes***, hachas; ***cultri vel cesespite***, cuchillos[233].

[233] ALEJANDRO ADAM; ***Antigüedades Romanas***, Tomo II, op. cit. pg. 378 a 399.

CAPÍTULO V
CONCEPTOS GENERALES, CLASIFICACIÓN DEL DERECHO ROMANO Y FUENTES

1. CONCEPTO DE DERECHO E IDEAS ROMANAS

Estudiadas las etapas históricas por las que transitó el pueblo romano, así como las fuentes formales que dieron origen a su derecho en los diversos períodos , nos referiremos a los conceptos o términos jurídicos más usados por ese pueblo.

El "ius". Los romanos pragmáticos por excelencia, designaron al Derecho con la voz latina *"ius"*, que viene a ser el conjunto de reglas que rigen las relaciones de los hombres dentro de la sociedad, *considerando el derecho en sentido objetivo*; y en sentido subjetivo como la facultad o poder que el ordenamiento jurídico reconoce a un sujeto.

El ***ius civile antiguo*** es un cuerpo de normas que parece surgido con la propia estirpe, y con esa fuerza de razón que está en la razón misma de las cosas. Pero esa razón natural, sencilla y geométrica –es metida en forma, y de la forma queda prisionera. El rigor y la quietud formales prohijarán fácilmente las iniquidades.

Poseemos una definición romana de Derecho, proporcionada por **CELSO** (hijo) quien afirma que **"*ius est ars boni et aequi*"** – *"Derecho es el arte de lo bueno y equitativo", según nos dice* **ULPIANO** *en el Digesto de* **JUSTINIANO** (D.1.1.1.). Esta definición de derecho ha sido motivo de censuras porque entremezcla los conceptos de derecho y moral que son valores completamente diferentes, sin embargo esta confusión resulta comprensible si se tiene en cuenta que Celso fue uno de los jurisprudentes romanos que más sintió la influencia del estoicismo griego, doctrina filosófica que entendía que el derecho era una moral restringida.

El "fas". Los romanos denominaron ***fas*** a la norma religiosa. De este modo *fas* es el derecho sagrado emanado de la divinidad: esto es la ***lex divina****;* mientras

que ***ius*** es obra de los humanos, el derecho elaborado por el hombre: ***lex humana.*** El *fas* debe entenderse como la norma religiosa, el derecho divino que regula las relaciones de los seres humanos con los dioses.

Durante los primeros siglos de la vida de Roma el derecho y la religión estuvieron íntimamente unidos, era difícil distinguir ambos conceptos (***ius*** y ***fas***) ya que los primeros intérpretes del derecho fueron los pontífices romanos: fue sólo en la República tardía cuando se abrió paso a la jurisprudencia laica y se operó el proceso de la secularización del ***ius***, con lo cual se produce la diferenciación entre el derecho y la religión.

Iustitia. Del término ***ius*** podemos derivar el de ***iustitia***, a la que **ULPIANO** define como –***"iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi"*** – "justicia es la voluntad firme y constante de dar a cada quien lo suyo" (D.1. 1. 10 Parr.). Ambos términos que etimológicamente tienen la misma raíz, están íntimamente ligados ya que el ***ius*** tiende siempre a la realización de la justicia (***iustitia***) y el objeto de la justicia es el propio derecho (***ius***). La justicia es una virtud consistente en la voluntad o anhelo permanente de observar fielmente las leyes y de dar a quien lo suyo.

El fin de todo derecho es la justicia, de la que **los jurisconsultos** se llamaban *sacerdotes*. **Los filósofos de la antigüedad** acostumbraron llamarse *obispos y únicos sacerdotes de la virtud* (**Diógenes Laercio**); y como casi todos los antiguos jurisconsultos estaban imbuidos en sus preceptos y particularmente en los de los estoicos, adoptaron también esta denominación[234].

La "aequitas". Los romanos no comprendieron con la voz ***iustitia*** lo que en tiempos actuales se califica como justicia objetiva, es decir el derecho en su objeto y esencia. Usaron el vocablo ***aequitas*** *–significa equidad, igualdad*, que es la finalidad que debe cumplir el ordenamiento jurídico, para que las normas no sean inicuas, esto es, contrarias a lo justo.

Los romanos entendían por equidad el conjunto de principios de lo que es justo atribuidos a un caso concreto al que si le aplicaran el derecho, se ocasionaría una evidente injusticia. La ***aequitas*** es una forma de lo justo, aunque las decisiones que se basan en ella no estén fundadas en la ley.

La iurisprudentia. También del término *ius* deriva el de jurisprudencia (*iurisprudentia*), que el jurisconsulto **Ulpiano** (D. 1. 1. 10. Inst. 1. 1. 1.) define diciendo: ***"iurisprudentia est divinarum atque humanarum notitia, iusti atque iniusti scientia"*** – *"el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de*

[234] **J. HEINECCIO; op.**, pg. 11.

lo justo y de lo injusto"; conocimiento que tenían y actividad que realizaban los especialistas en derecho, cuyas respuestas a cuestiones prácticas integraron esta fuente formal del derecho que es la jurisprudencia y a través de la cual lograron la creación de la ciencia jurídica.

Praecepta Iuris (Preceptos del Derecho). La falta de deslinde entre el campo del derecho y el de la moral, se percibe igualmente en los tres famosos preceptos del derecho -***tria iuris praecepta***- con los que se han pretendido presumir los derechos que el derecho objetivo impone a los individuos. *Estos preceptos jurídicos son*:

Honeste vivere Vivir honestamente.

Alterum non laedere No dañar a otro.

Suum cuique tribuere Dar a cada quien lo suyo.

(Inst. 1. 1. 3. D. 1. 1. 10)

2. CLASIFICACIÓN DEL DERECHO

Las Institutas de Justiniano dividen el Derecho para su estudio en: ***Derecho Público*** y en ***Derecho Privado***; *este último a su vez consta de tres partes*: ***Derecho Natural, Derecho de Gentes*** y ***Derecho Civil*** (Inst. 1. 1. 4.).

2.1. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Derecho Público -*ius publicum*-. Es el que trata del gobierno de los romanos (Inst. 1. 1. 4.). Según el **Digesto**, el Derecho Público se refiere a la organización de la ciudad y a las relaciones entre ésta con los individuos. El Derecho Público se refiere, por lo tanto a la organización y funciones del Estado, a sus relaciones con los particulares y a las que pueden mantener con otros Estados

Derecho Privado. -*ius privatum*- Se refiere a la utilidad de los particulares (Inst. 1. 1. 4.); o sea que el Derecho Privado se refiere únicamente a *las relaciones entre los particulares*, las que pueden ser de carácter familiar o patrimonial.

Las normas de ***Derecho Público*** no pueden ser alteradas por pacto entre los particulares, no admiten pacto en contrario, esta categoría es conocida como ***derecho taxativo*** o ***ius cogens***; en tanto que las de ***Derecho Privado*** sí pueden ser modificadas por la voluntad de los particulares, siempre y cuando no esté en juego el interés social, estas normas se conoce como ***derecho dispositivo***.

2.2. DERECHO NATURAL, DERECHO DE GENTES Y DERECHO CIVIL

Esta división tripartita del Derecho Privado tiene su expresa consagración en las ***Institutas de*** JUSTINIANO, que en esta también recoge la opinión de ULPIA-

NO (Inst. 1. 1. 4. - D. 1. 1. 1. 3.). Para ULPIANO "*El Derecho Privado consta de tres partes*, pues se ha formado de los preceptos naturales, de los de gentes o de los civiles (***ius naturale, ius gentium*** y ***ius civile***).

DERECHO NATURAL -***ius naturale***- El Derecho Natural es el *conjunto de derechos provenientes de la voluntad divina* en relación con la naturaleza del hombre; *son inmutables* por su procedencia y absolutamente acordes con la idea de lo justo. Dada a la discrepancia de opiniones existentes entre los más destacados tratadistas. Acerca del concepto de derecho natural, expondremos brevemente algunos criterios:

Institutas de Gayo-, no aparece el ***ius naturale*** como acepción independiente y diferenciable del ***ius gentium***; este jurista divide el Derecho solamente en ***ius civile*** y en ***ius gentium***, comprendiendo este último en ***ius naturale***, da de ambos derechos las siguientes definiciones: "***Conjunto supremo de normas inspiradas en la razón, comunes a todos los hombres***".

CICERÓN. *Dice que el derecho no debe extraerse de obra de los magistrados y jurisconsultos sino del fondo mismo de la **filosofía***. Se refiere a la *filosofía de los estoicos*, quienes sostenían que: El derecho inspirado en la razón debe estar por sobre el derecho positivo de los pueblos.

Institutas de Justiniano. Reconocen la existencia del ***ius naturale*** y lo definen como aquél que la naturaleza inspira a todos los animales. *Este derecho no es especial del linaje humano, sino común a todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar...*(Inst. 1. 2.).

ULPIANO. *Conjunto de leyes que la naturaleza ha impuesto a todos los seres animados*, de donde resultan por ejemplo, la unión de los sexos, la educación de los hijos, etc., pero diferenciando el instinto que mueve a los animales de los derechos y deberes que tiene el hombre por el hecho de estar dotado de conciencia y de razón.

PAULO. *Considera el derecho natural como un derecho ideal carente de imperfecciones inmutable* y, por lo tanto aplicable no a un pueblo determinado sino a todos aquellos que fundan su derecho en los superiores principios de la justicia y equidad; *es aquél que siempre es equitativo y bueno*.

DERECHO DE GENTES.- ***ius gentium***- *Es un conjunto de reglas aplicables a todos los pueblos sin distinción de nacionalidad*. Aunque se asemeja a la idea del derecho natural, no hay que confundirlos, ya que nos encontramos con determinadas instituciones, como por ejemplo. La de ***la esclavitud***, plenamente rechazada por el derecho natural, y que, sin embargo, es aceptada por el derecho de gentes en todos los pueblos de la antigüedad.

Por el ius gentium penetraron en el Derecho Romano las instituciones extranjeras. Se caracterizaba a diferencia del derecho civil nacional, por el hecho de *admitir como sujeto de derecho a todo hombre libre* (cualquiera que fuese su clase social a la que perteneciese a su nacionalidad) *y como objeto de derecho a todo objeto comercial.*

Lo decisivo para él no era la palabra, sino la intención, por cuya razón excluye de su ámbito las formalidades que el derecho civil exige para la conclusión de todo negocio jurídico, oponiendo a la inflexibilidad de éste (***rigor iuris***), *el principio de la equidad* (***aequitas***) y *de la buena fe* (***bona fidei***).

DERECHO CIVIL -*ius civile*-. *Derecho de las Civitas*, está integrado por todas aquellas reglas de derecho específicas de cada pueblo que imprimen características propias a cada legislación.

Al hablar del ***ius civile*** los jurisconsultos romanos se refieren: ***Derecho que rige en la ciudad, exclusivamente para los ciudadanos romanos.*** Se caracteriza por su rigidez y la solemnidad de las formas exigidas para la perfección de los negocios jurídicos. Conjunto de instituciones propias de los ciudadanos romanos, a las cuales no tenían acceso los extranjeros -***ius propium civium romanorum***-. Otorga al ciudadano romano diferentes derechos y prerrogativas, tanto en la vida pública como privada.

***Del Derecho Público*:**

***Ius Sufragium*:** Derecho a formar parte de los comicios para votar las leyes e intervenir en las elecciones de magistrados.

***Ius Honorum*:** Derecho a desempeñar las magistraturas y funciones públicas.

***Ius Sacrorum at Sacerdotorum*:** Derecho a desempeñar funciones religiosas.

Ius Nomen (*derecho al nombre*): derecho a llevar un nombre del derecho civil.

Del Derecho Privado.

***Ius Commercium*:** Derecho a ser propietario y realizar negocios, empleando los medios que este derecho establece.

Ius* Connubium:** Derecho a contraer matrimonio legítimo -justae nuptiae***-.

***Ius Testamenti Factio*:** Derecho a transmitir sus bienes por sucesión y ser instituido heredero.

***Ius Provocatio ad Populum*:** Derecho de apelar ante los comicios de las pena capital que se le hubiese sido imputada, cuando considerase que ésta es injusta.

2.3. DERECHO CIVIL Y DERECHO HONORARIO

La división del derecho civil y derecho honorario –***ius honorarium***- se basa en el distinto origen de uno y otro.

EL DERECHO CIVIL, deriva de la costumbre y además está integrado por todas las disposiciones emitidas por los comicios y el concilio de la plebe; por los senadoconsultos, la jurisprudencia y las decisiones del Emperador; es decir que son fuentes del derecho civil : ***la costumbre,* la *lex rogata, el plebiscito, el senado-consulto, la jurisprudencia y las constituciones imperiales.***

Se lee en el **Digesto** (D. 1. 1. 7.). **Papiniano *Libro II. Definitionum*: *"Ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitum*[235]*, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum venit*"**-*"Derecho civil es, pues, el que dimana de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los príncipes y autoridad de los jurisconsultos".*

DERECHO HONORARIO O PRETORIANO.- ***Ius Honorarium***- *Es el conjunto de principios jurídicos que derivan de la autoridad jurisdiccional de los magistrados o, como dicen las fuentes* (Inst. 1. 2. 7.) de los que "*van revestidos de honores".*

El pretor al crear el derecho honorario, con sus principios jurídicos da mayor eficacia al derecho civil -***viva vox iuris civilis***- Paulatinamente va completándolo y corrigiéndolo, lo cual ha hecho decir a Papiniano (D. 1. 1. 7. 1.) que "derecho pretorio es el que por razón de utilidad pública introdujeron los pretores, para ayudar, o suplir, o corregir el derecho civil; el cual se llama también honorario, habiéndose denominado así por el honor de los pretores" (...***adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia***...).

***La distinción entre el derecho civil y el derecho honorario se hizo innecesaria en la época del* Emperador Adriano**, como consecuencia de la función del derecho civil y el derecho honorario efectuada a través del **Edicto Perpetuo, Edicto de Adriano** o **Edicto de Salvio Juliano**, elaborado por SALVIO JULIANO en el año 130 por instrucciones del Emperador. Dejando de existir este dualismo en el Derecho Romano.

---

[235] ***Plebiscitum est, quod plebs, plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno constituebat*** -plebiscito, lo que establecía la plebe, interrogándole un magistrado plebeyo, como un tribuno-.

2.4. DERECHO ESCRITO Y DERECHO NO ESCRITO

Los romanos también clasificaron su derecho en derecho escrito y no escrito ***-Ius Scriptum et Ius non Scriptum-*** (Inst. 1. 2. 3. Y 1. 2. 9.).

DERECHO ESCRITO. Es aquel que tiene autor cierto y que ha sido promulgado por el órgano correspondiente: ejemplo: ***Ley Hortensia, La Constitución Antoniniana, El Edicto de Salvio Juliano***, etc.

Pertenecen al derecho escrito: *La Ley, el plebiscito, el senadoconsulto, las constituciones de los emperadores, los edictos de los magistrados, las respuestas de los prudentes* (Inst. 1. 2. 3.).

DERECHO NO ESCRITO. Se conforma mediante el uso, por la costumbre ***-Mores Maiurum- mos majarum*** o de la ***interpretatio*** de los juristas antiguos.

Se lee en las **Instituciones de Justiniano,** ***Libro I, Título II***, *Fragmento* 9: "*El derecho no escrito es aquél que el uso ha hecho válido. Porque las costumbres repetidas diariamente y aprobadas por el consentimiento de los que la siguen, equivalen a leyes*".

3. FUENTES DE PRODUCCIÓN Y DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO ROMANO

Empleamos la palabra fuente para referirnos tanto a las fuentes de producción del derecho romano como a las de su conocimiento.

FUENTES DE PRODUCCIÓN

Las Fuentes de Producción están constituidas por todo aquello de donde surge el derecho, o lo que es lo mismo *de donde brotan las normas jurídicas* que regulan la vida social de Roma. ***Las Fuentes de Conocimiento*** son el conjunto de medios que ayudan eficazmente a conocer el derecho, de manera que aunque por lo común no lo engendran, facilitan su reconocimiento.

*Entre las fuentes productoras del derecho romano, llamadas también "**formales**"*, tenemos ***la costumbre*** o ***fuente "no escrita"*** o "***no sancionada***" y ***las fuentes "escritas"*** *o* "***sancionadas***" que expresan a través de la palabra escrita y que provienen, por lo común, de la decisión de órganos competentes del Estado, como son: *la ley comicial, los plebiscitos, los edictos de los magistrados, los senado-consultos, las respuestas de los jurisconsultos* y *las constituciones imperiales.*

FUENTES DE CONOCIMIENTO

En lo que atañe en las fuentes de conocimiento, éstas pueden ser extrajurídicas o jurídicas.

FUENTES DE CONOCIMIENTO EXTRAJURÍDICAS

Estas fuentes comenzaron a formarse desde los más remotos tiempos de la antigüedad romana, provenían de:

a. HISTORIADORES: TITO LIVIO, JULIO CÉSAR, DIONISIO DE HALICARNASO, POLIBIO, SUETONIO, SALUSTIO, PLUTARCO.

TITO LIVIO.- Es uno de los escritores latinos que más influencia han ejercido en la cultura occidental. Si **Cicerón** ha sido el *maestro de la prosa* de todas las lenguas europeas, y **Virgilio** y **Horacio** los *de la poesía*, a **Tito Livio** *le corresponden la gloria y el honor de ser el ejemplo y el modelo de los historiadores de naciones*, reinos y ciudades[236].

Tito Livio nació en ***Patavium***, la actual **Padua**, casi a orillas del Adriático en el territorio del Véneto, el 64 o el 59 a.C. y falleció en la misma ciudad el año 17 d.C. Su obra ***Ab urbe Condita libri*** *«Los Libros desde la Fundación de la ciudad»*, en 142 libros, de los que quedan 35 sobre el relato desde la ***fundación de Roma*** el año 753 a.C. hasta la muerte de **Druso**, hijo adoptivo de **Augusto. Druso** el prometedor príncipe de la casa de los Césares, murió en el campamento militar de la actual **Maguncia** el año 9 a. C. por una enfermedad que le sobrevino tras una caída de caballo. ***En dicha obra trata de glorificar a su pueblo y exaltar a sus pasadas grandezas, lo hace impulsado por su ardiente patriotismo***.

El historiador Tito Livio vino al mundo en una ciudad y un territorio plenamente latinizado y romano no sólo en la lengua sino en sus sistemas social, religioso, cultural y económico. En **Padua** se vivía orgullosamente un patriotismo romano.

Además de su obra principal por la que ha pasado gloriosamente a la posteridad, **Livio** *escribió otros libros* y fue apreciado por ellos, **Séneca** y **Quintiliano** mencionan algunos de esos escritos que no se conservan. Uno fue una carta a su hijo -***epístola ad filium***- en la que *recomienda la lectura y el estudio de Cicerón y de Demóstenes* como modelos literarios y de elocuencia, y de los autores que más se asemejen a ambos. Parece indudable que se trataba de un escrito de retórica. También publicó unos **diálogos** de los que dice **Séneca** el filósofo que podían adscribirse tanto a la historia como a la filosofía así como **unos libros propiamente filosóficos**[237].

---

[236] TITO LIVIO; ***Historia de Roma desde su Fundación***, Libro I, EDITORIAL GREDOS S.A., Madrid, 2000, pg. IX.

[237] TITO LIVIO; ***Historia de Roma desde su Fundación***, op. cit. pg. XVIII y XIX.

CAYO JULIO CÉSAR.- Nació en **Roma** el 12 de julio del 102 o 100 a.C., **descendía de una familia patricia Julia** cuyo origen se remonta según la tradición hasta el troyano Eneas y la mismísima Venus. Fueron sus padres **Cayo Julio César** y **Aurelia**, mujer de extraordinaria belleza y descendiente de la familia Cotta y una de las mujeres más cultas de Roma. Murió el 15 de marzo del 44 a.C., apuñalado en el Senado cuando se hallaba reunido para otorgarle el título de rey para fuera de Italia.

Entre los conjurados se halla BRUTO, su hijo adoptivo, al que, herido de muerte, de dijo: «***¿También tú?***».

César fue un genio militar, insigne político, el gran protagonista del último período de la historia de la Roma republicana, espléndido orador, escritor brillante, una de las más grandes figuras de la antigüedad y aún de todos los tiempos, un «***monstrum activitatis***», a decir de **Cicerón.**

Obras: ***De Astris*** (sobre astronomía), el ***Anti-Catón***, ***Epigramas***, ***De Antología***; se conservan: ***Comentarios de la Guerra de las Galias*** y ***Comentarios de la Guerra Civil.***

DIONISIO DE HALICARNASO.- Año 60 a 7 a.C., historiador, crítico literario y **profesor de retórica griego**, vivió en Roma durante el reinado de **César Augusto**, estudio latín durante 22 años.

Su trabajo titulado ***Antigüedades Romanas***, *abarca la historia de Roma desde el período mítico hasta el comienzo de la Primera Guerra Púnica.* Su obra fue dividida en 20 libros, de los cuales los primeros nueve permanecen enteros, el décimo y el undécimo están incompletos, y los restantes están incompletos en los extractos de **Constantino Porfirogeneta**.

Su principal objetivo es reconciliar a los griegos con el gobierno del Imperio romano, resaltando las cualidades de sus conquistadores. De acuerdo con él, ***la historia es filosofía que se enseña con ejemplos***.

Las fuentes de Dionisio son la analística romana (sobre todo la del siglo I a.C.), **Jerónimo de Cardia**, **Polibio**, **Timeo** y **Varrón**, entre otros.

POLIBIO.- Historiador griego, nació en **Megalópolis**, hacia el año 205 a.C. En Grecia gozaba ya de gran influencia, cuando fue llevado en rehenes a Roma el año 168, después de la derrota de **Perses, rey de Macedonia**; éste fue el término de su carrera política y, desde entonces se dedicó casi únicamente a la *historia*. De regreso a su patria, al cabo de diecisiete años, no pudo impedir las últimas sublevaciones que debían tener como consecuencia la reducción de Grecia a provincia romana. Durante su permanencia en Roma se vinculó con

Escipión Emiliano y, en el año 146, volvió a su encuentro y lo acompañó en sus expediciones[238]. Murió en 125 de una caída de caballo.

Su obra.- **Polibio** trabajó veinte años en su ***Historia Romana***, que abarca desde el principio de la segunda guerra púnica hasta el fin de la tercera. De los cuarenta libros de que se componía la obra no nos quedan sino los cinco primeros, con importantes fragmentos de los otros. Los libros I y II resumen los acontecimientos que precedieron a la segunda guerra púnica, explicando la situación de **Roma** y de **Cartago** en la época en que comienza su estudio.

Polibio comienza su historia conforme al *método ordenado y científico* empleado por **Tucidides**. *Recomienda el empleo de los documentos originales*, un conocimiento exacto de los lugares donde se han realizado los acontecimientos; experiencia profunda de los hechos políticos y militares. En fin, debe ser verídico, aun cuando refiera la historia de un pueblo que ha dominado a su patria.

La obra, con todo, no está escrita con el arte y el cuidado que hacen de la obra de **Tucidides** un libro tan atrayente. *El estilo es vulgar*, y la composición, descuidada y abundante en digresiones.

CAYO SUETONIO TRANQUILO.- La vida de Suetonio tenemos que reconstruirla con los escasos datos que poseemos procedentes del propio Suetonio, de Plinio el Joven y de una inscripción aparecida en Hipona...

Suetonio nació probablemente en Roma el año 69 el 70 a.C. y su muerte el 145 o el 160.

Las ***Vidas de los Doce Césares*** es la única obra de Suetonio que se conserva completa, excepto la dedicatoria a Septicio Claro, en la que según la costumbre habitual, Suetonio debía detallar los móviles que le habían impulsado a componer la obra y, tal vez, algunas ideas sobre la metodología.

De acuerdo con el ***Codex Memmianus***, la obra en su conjunto se distribuye en ocho libros del modo siguiente: I) **Julio César** (100-44 a.C.), II) **Augusto** (27 a.C. - 14 d. C.), III) **Tiberio** (14-37), IV) **Calígula** (37-41), V) **Claudio** (41-54), VI) **Nerón** (54-68), VII) **Galba, Otón** y **Vitelio** (68-69), VIII) **Vespasiano** (68-79), **Tito** (79-81), **Domiciano** (81-96)[239].

CAYO CRISPO SALUSTIO.- Historiador nacido en el *país de los sabinos*, pueblo que siempre tendrá fama de rígido en sus costumbres, en una ciudad llamada **Amiterno** el año 86 a.C. y muerto en 35, pertenecía a una familia plebeya,

[238] POLIBIO; ***Historias***, Libros V-XV, EDITORIAL GREDOS, S.A., Madrid, 2000.
[239] SUETONIO; op. cit., pg. XII.

no rica pero acomodada por lo que le permitió adquirir una buena formación literaria en la capital. En la época que le tocó vivir a Salustio, Roma tenía siete siglos de existencia, conforme a la fecha de su mítica fundación, en el año 754 a.C.

Al igual que los demás géneros, también *la historiografía* tuvo sus primeros representantes en **Grecia**: **Herodoto**, **Tucidides**, **Teopompo**, **Jenofonte**, **Polibio**, son los nombres preclaros del arte de narrar la historia de la Humanidad. También en **Roma** hubo pronto interés por registrar los hechos, las ceremonias sagradas y los acontecimientos militares. A decir verdad, **Salustio** *es en cierto modo el creador de la historiografía romana*, esa que no sólo se limita a registrar los hechos descarnadamente año por año, sino que además recurre a una prosa artística, transida de retórica al estilo de los griegos, a algunos de cuyos eximios historiados imita nuestro autor[240].

Empezó a escribir historia después de la muerte de César del que fue in seguidor fiel y bien recompensado.

Obras: "***Historias***", "***La Conjuración de Catilina***", "***La Guerra de Yugurta***"; "***Cinco Libros de Historias***".

PLUTARCO.- Su patria **Queronea**, situada en las estribaciones del Parnaso, por el Norte y del Helicón por el Sur. Debió nacer este escritor en torno al año 50 d.C. y murió entre los años 120 y 127. Miembro de una familia culta y de muy buena posición en la ciudad; sabemos que estudió en Atenas con el filósofo **Amonio**, que llegó a tener la ciudadanía de la vieja a ilustre ciudad griega; que *visitó Alejandría y estuvo en Roma en diversas ocasiones*; que fue sacerdote en Delfos por un período de 20 años.

Obras.- Se dividen en dos grandes grupos: 1. "***Obras Morales***" (**Moralia**) y 2. ***Vidas Paralelas de Grandes Hombres*** (griegos y romanos). Plutarco con un puñado de biografías, sin pretensión de sistema, supo pintar el auténtico universo griego y romano.

En sus ***Vidas*** se retratan los tiempos legendarios de Atenas y los de Roma; las guerras persas y cartaginesas; la aventura de Macedonia en Oriente, en la deslumbradora conquista de Alejandro; los primeros tiempos de la República romana, sus crisis y la evolución del Imperio de los Césares. En una palabra. *Todo*.

[240] SALUSTIO; ***Conjuración de Catilina, Guerra de Jugurta, Historias*** (Fragmentos), EDITORIAL GREDOS, S.A., Madrid, 2000, pg. XIX.

b. GRAMÁTICOS Y ETIMOLOGISTAS: PLAUTO, TERENCIO y VARRÓN;

TITO MACCIO PLAUTO.- Poeta cómico que nació en **Varsina** (Umbría) aproximadamente el 254 a.C. y murió el 184. *Perteneció al período arcaico de la literatura latina*. Pasó a Roma como humilde obrero al servicio de empresarios teatrales y después empleó sus ahorros en aventuras comerciales que fracasaron. Reducido a la pobreza, se empleó como mozo en la casa de un molinero y es allí cuando ya lo vemos hecho un comediógrafo que con el tiempo llegaría a ser fecundísimo.

Escribió *comedias* como: ***Amphitruo*** ("Anfitrión"), ***Captivi*** ("Los Prisioneros"), ***Miles Gloriosus***, ***Asinaria*** ("Comedia de los Asnos"), *Rudens* ("La Amarra"), ***Aulularia*** ("La Comedia de la Olla"), ***El Curculio*** ("En Cangrejo"), etc.

PUBLIO TERENCIO.- Notable comediógrafo latino nacido aproximadamente el 195 a.C. en **Cartago** en el seno de una familia oriunda de Libia. Siendo niño se lo llevó como esclavo a Roma el senador Terencio Lucano.

Ha llegado hasta nosotros 6 *comedias*: "***Andria***"; "***La Suegra***", "***Heautontimaronmenos***" ("El Verdugo de Sí mismo"), "***El Eunuco***" "***Formión***", "***Los Adelfos***" ("Los Dos Hermanos").

MARCO TERENCIO VARRÓN.- Considerado el mayor erudito de la antigüedad, nació en **Riete** en el 116 a.C. y murió a los 90 años el 27.

Aparecen sus grandes dotes de investigador en los 41 libros de ***Antiquitatum rerum humanarum et divinarum***, libri XLI. La segunda parte ***Rerum divinarum*** ("De las Cosas Divinas"); "***La Vida del Pueblo Romano***", "***La Raza del Pueblo Romano***". "***De las Cosas del Campo***", tratado en tres libros, sobre la agricultura, la ganadería y la cría de animales de granja.

c. ANALISTAS: TÁCITO

CORNELIO TÁCITO.- Notabilísimo historiador, último de los clásicos, representante más auténtico del espíritu, la cultura y la grandeza de Roma. En este escritor el pensamiento alcanza insólita y admirable profundidad. Nació entre 54 o 55 d.C. *Desconociéndose el lugar de su nacimiento* (que pudiera ser **Terni**, **Roma** o la **Galia**). Tácito fue de familia noble por el censo y por su dignidad pública; poseyó una muy elevada educación y pronto inició el ***cursus honorum***, durante el reinado de **Vespasiano** debido a su fama de orador y literario, al buen nombre de familia y a la magnificencia de su matrimonio con la hija de **Gneo Julio Agrícola**, personaje de elevada talla político-militar.

Obras: "***Historias***", "***Annales***", "***De vita et moribus Julii Agricola***", "***De origine, situ, moribus ac Populis Germanorum***" (Del origen, situación, costumbres y pueblos de los germanos).

d. RETÓRICOS, ORADORES O FILÓSOFOS: CICERÓN, AULO GELIO y QUINTILIANO.

MARCO TULIO CICERON.- Nació el año 106 a.C. cerca de **Arpino**, ciudad situada a cien kilómetros al sureste de Roma. Como integrante de una rica familia romana, recibió educación prolija, orientada en los inicios por su padre y confiada luego al cuidado de brillantes humanistas, filósofos y oradores. Contaba 25 años de edad cuando actuó por primera vez en el **Foro**, defendiendo a **Quinto** y concitando la admiración de sus conciudadanos que, al paso de los años, le reconocerían como el *príncipe de los oradores.*

El prestigio de su elocuencia va creciendo en procesos cada vez más importantes; a esta época pertenece uno de los más famosos: la acusación contra **Verres**. **Cicerón** cuestor en Sicilia en el año 75 a.C., se había ganado el afecto de sus súbditos por la honradez de su conducta y la humanidad de su gestión. Murió el 7 de diciembre del 43 a.C.

Principales Obras:

Los tratados ***De re publica*** (*Sobre la República*) ***De legibus*** (*Sobre las Leyes*) y ***De officiis*** (*Los Oficios*) encierran lo esencial de sus doctrinas jurídicas y políticas.

De finibus bonorum et malorum (*Del Supremo Bien y del Supremo Mal*), ***Tusculanae disputationes***, que tratan de la felicidad en diálogos cuya acción sitúa en Túsculo, ***Cato Maior de Senectute Liber*** (*De la Vejez*), *donde manifiesta que los que viven con moderación y no tienen recovecos ni se portan groseramente, llevan una vejez tolerable, pues la impertinencia y la grosería en toda edad es molesta*[241], ***Laelius de Amicitia*** (*De la Amistad*), en un pasaje expresa que: "*Pues la amistad no es otra cosa, sino el común sentir de las cosas divinas y humanas con bienquerencia y amor...*"[242], ***Las Catilinarias*** (Cuatro discursos Catilinarias) donde **ataca a Catilina**, siendo célebre la frase: ***¿Hasta cuándo vas a estar abusando, Catilina, de nuestra paciencia?***[243]. De gran interés biográfico e histórico-espiritual son ***La Correspondencia con su Hermano Quinto*** y las ***Cartas a Ático*** por la luz que

[241] CICERÓN; ***Cato Maior de Senectute***, Editorial Ramón Sopena, S.A., Barcelona, 1969, pg.13.

[242] CICERÓN; ***Laelius de Amicitia***, Editorial Ramón Sopena, S.A, Barcelona, 1969, pg. 107.

[243] CICERÓN; ***Catilinarias***, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2005, pg. 43.

arrojan sobre la personalidad y la época del príncipe de los oradores romanos. Se ha podido decir de Cicerón que es la única gran personalidad de la Antigüedad greco romana cuya intimidad conozcamos bien. ***De natura deorum*** (*Sobre la Naturaleza de los Dioses*), ***De divinatione, Sobre los Deberes.***

AULO GELIO.- Floreció entre 130 y 190. No pueden darse fechas ciertas sobre el nacimiento y muerte, discípulo del gramático cartaginés **Sulpicio Apolinar** y de **Frontón**, cuyas conversaciones «***insignes por la naturaleza de la lengua y por la buena doctrina***», dice que le fueron de enorme provecho en su adolescencia romana. Tuvo en Roma, además, de maestros al retórico **Antonio Juliano** y a **Tito Castricio** y al neo sofista **Favorino**, con el que pasaba jornadas enteras «***casi pegado a él por lo dulce de su habla***». En Atenas mantuvo asimismo relaciones con el filósofo platónico **Calvisio Tauro**, con el cínico **Peregrino** y con la gran figura de su tiempo, **Herodes Ático**. Así es que, con su espíritu abierto a las tendencias literarias en boga y al contacto con tantos y tan grandes maestros, *se apasionó por toda clase de conocimientos, desde la gramática a la retórica, desde la filosofía a la historia, desde las matemáticas a la arqueología y la jurisprudencia, desde la anécdota y la fábula al hecho político y religioso.* De este enciclopédico acervo de conocimientos nacieron las "***Noches Áticas***" en 20 libros, en esta obra da a conocer el patrimonio cultural antiguo.

MARCO FABIO QUINTILIANO.- Famoso gramático, retórico, abogado; nació en **Calaguris** (***España Terraconense***) entre los años 35 y 40 d. C. murió en el 96. Estudió en Roma con el gramático **Remio Palemón** y después con el famoso orador **Domicio Afro**. Es el más influyente representante del clasicismo orientado hacia Cicerón. *Tuvo éxito y fama tanto en el ejercicio de la abogacía como en el de la enseñanza*, y empezó con el cargo retribuido de maestro público de arte retórico, otorgado por **Vespasiano**, que ejerció durante veinte años, y entre sus discípulos se contó **Plinio el Joven**. El emperador **Domiciano** le otorgó las insignias y el título de cónsul y le confió la educación de sus bisnietos, los hijos de **Flavia Domitila**.

Obras: Los diez libros de "***Institución Oratoria***", su obra más importante, tratado completo de pedagogía con observaciones psicológicas, "***Artes rhetoriæ***", "***Declamaciones***".

LAS CIENCIAS MODERNAS también constituyen aporte extrajurídico eficaz para el conocimiento del derecho romano, destacándose entre ellas ***la lingüística, la arqueología, la epigrafía*** y ***la papirología. Dentro de las fuentes modernas de conocimiento*** se pueden consignar ***las enciclopedias de la antigüedad clásica, las actas de congresos, obras lexicográficas, los índices de interpelaciones*** y la fecunda bibliografía acerca del Derecho romano.

LA LINGÜÍSTICA.- *Que es el estudio integral de las lenguas*, nos da valiosa contribución para el estudio del arte literario, desde que, mediante las investigaciones, señala el carácter de cada idioma, su evolución y modalidades peculiares.

La lingüística como ciencia del lenguaje realiza estudios sistemáticos que no son estáticos, pues los puntos de vista, incluso algunos de carácter fundamentales pueden variar o concedérseles diferente atención en el curso de los años.

La lingüística se ocupa del estudio histórico comparativo de los lenguajes.

LA ARQUEOLOGÍA.- *Precisa el arranque de las primitivas culturas y aborda el complejo problema del origen del hombre.* Por lo tanto está en condiciones de auxiliar a la Historia de la Cultura en el esclarecimiento de los fenómenos sociales propios de la prehistoria.

La arqueología, más que una ciencia auxiliar, *es una rama de la historia. La arqueología estudia los monumentos, utensilios, armas, vasos y demás objetos de uso doméstico de los antiguos grupos humanos.* El auxilio que presta la arqueología a la historia es de fundamental importancia, en especial cuando se trata de investigar la vida y costumbres de los pueblos que no han dejado testimonios escritos cuyas escrituras no se han descifrado.

V. GORDON CHILDE en su libro "***Introducción la arqueología***", *considera que la arqueología es una fuente de la historia y no una simple ciencia auxiliar. Que es necesario borrar para siempre el concepto infantil, viejo y caduco de Historia como* "**Historia Escrita**", esto supone una tremenda limitación para el conocimiento del comportamiento humano, es decir para la verdadera historia, la valoración exclusiva de los datos escritos. Agrega que es de todos bien sabido que los textos escritos en todo caso ofrecen un concepto "orientado" y parcialísimo de algún aspecto histórico concreto, pero no constituyen la historia. *Más del 99 por ciento de la humanidad ha vivido sin escritura y ciertamente su comportamiento no deja de ser historia humana*[244].

LA EPIGRAFÍA.- *Se ocupa del estudio y de la lectura de los textos escritos por incisión.* La materia jurídica suele tratar sobre las inscripciones de la época primitiva, de la romana y aún posteriores.

PALEONTOLOGÍA.- Del griego *palaiós* = antiguo y *ontos* = ser y *logos* = tratado. Estudia los fósiles.

PALEOGRAFÍA.- Del griego *palaiós* = antiguo y *graphía* = escritura. *Estudia las escrituras antiguas.*

---

[244] V. GORDON CHILDE; *Introducción a la Arqueología*, Ediciones ARIEL, Barcelona, 1972, pg. 7.

Se ocupa de la lectura de los textos escritos con tinta, documentos y códices. En la secuencia histórica a saber del Derecho Español, se conocen distintas obras referentes a la paleografía en los tiempos visigodos y medioevales, otras sobre resolución de abreviaturas y particularidades de la escritura de los manuscritos e impresos jurídicos.

Pero la lectura de los textos no es suficiente, esto supone el conocimiento de las lenguas respectivas, para la comprensión y aclaratoria de las dudas que pueden presentarse, ejm. citaremos: Las inscripciones ibéricas, celtas tibetanas, y de las lenguas Hispánicas en el Derecho Español. En nuestro medio jurídico es menester el estudio de la lengua griega y latina, en especial el latín vulgar, el latín eclesiástico, el latín visigodo, el latín medioeval.

LA ETNOLOGÍA.- Del griego *éthnos* = pueblo y *logos* = tratado. *Estudia las culturas del pasado y del presente en forma particular*, auxilia también a la Historia de la Cultura. Las estudia eslabonadas y siguiendo una dirección espiritual determinada.

FUENTES JURÍDICAS DE CONOCIMIENTO

Entre estas fuentes encontramos, **las obras de jurisconsultos clásicos como**[245] ***las Insititutas de Gayo***[246], los restos de ***las Sentencias*** **de Paulo**, ***las Reglas de Ulpiano***, una parte de ***las Respuestas de Papiniano***, ***un Apéndice a la Ars Grammatica de Dositeo*** y ***los Fragmenta Sinaitica.***

Entre las colecciones jurídicas postclásicas *se encuentran los*: ***Fragmenta Vaticana, la Collatio Legum Masaicarum et Romanorum*** y el ***Libro Siro-Romano***; además constituyen material valioso para el conocimiento del Derecho Romano; ***Código Gregoriano, Código Hermogeniano, Código Teodosiano, Edicto de Teodorico, Lex Romana Wisigothorum, Lex Romana Burgundiorum, Paráfrasis de Teófilo***[247]***, Corpus Iuris Civilis, Ley Isaurica, Las Basílicas, Egloga Legum*** (selección de leyes), ***Hexabiblos***, etc.

[245] ***Gaii, Institionis, Pauli Sententiarum, Ulpiani Regularum.***

[246] Ha llegado hasta nosotros merced al descubrimiento del *Palimpsesto* **Niebuhr**, quien mientras estudiaba unos escritos de **San Jerónimo**, observó que bajo la **escritura jeroniana** (texto de las ***Epistulae*** de San Jerónimo) existía una anterior completamente raspada, por medio de reactivos se ha recuperado el texto casi íntegro de **las *Gaii Institutiones.***

[247] Conjunto de observaciones y comentarios de ciertas disposiciones contenidas en las Instituciones de Justiniano. Fue aprobada por Justiniano en el año 533.

4. INFLUENCIAS PRIMORDIALES QUE OPERAN SOBRE EL DERECHO ROMANO

Dentro de las influencias primordiales que operaron sobre el Derecho Romano fueron: *la religión, la filosofía griega, el cristianismo* y en alguna medida, *los derechos de la antigüedad.*

4.1. LA RELIGIÓN

Es incuestionable el profundo influjo que la religión ejerció sobre el Derecho Romano, especialmente en su fase de formación, en que Roma no pudo escapar al fenómeno general -sobre todo en los pueblos indogermanos- de que la religión apareciera íntimamente ligada al derecho. En Roma, más que en ningún otro pueblo, se presenta nítida la influencia a causa de que correspondía al *Colegio de los Pontífices*[248] la misión relevante de custodiar e interpretar las normas sagradas que unían al hombre con la divinidad.

Su influencia es muy notoria en el *Derecho Público*, también en el campo del *Derecho Privado*, en donde instituciones como la ***conferreatio***, uno de los medios legales por lo que el esposo podía adquirir la potestad marital sobre la mujer; la ***adrogatio***, modo especial de adoptar a una persona ***sui iuris***, y el ***testamentum in calatis comitiis***, forma de testar del derecho antiguo, de la religión romana primitiva, este testamento lo hacía el ***paterfamilias*** en tiempo de paz frente al ***comicio curiado***.

En el derecho procesal se siente su impacto en el formalismo que caracteriza a los procedimientos de ***la legis actio per sacramentum*** y de ***la legis actio per manus iniectionem***.

4.2. LA FILOSOFÍA GRIEGA

Un hecho cultural de trascendental importancia y de innegable sentido histórico *el contacto de la filosofía de los griegos con la legislación romana*, a la que enriqueció científica y conceptualmente. Fue el ***estoicismo***[249] es sistema filosófico

---

[248] **Pontífices** dirigen y vigilan al culto público (de los dioses públicos) y privado (culto de los antepasados); confeccionan el calendario, atendiendo las informaciones proporcionadas por los augures; Ejercen jurisdicción sobre los demás colegios sacerdotales.

[249] ESTOICISMO, la escuela estoica fue fundada por **Zenón de Citio**, en el año 308 a.C., En **Atenas**. *Para el estoicismo solamente la virtud es el único bien y el hombre virtuoso es el que ha logrado la felicidad a través del conocimiento, como Sócrates lo había enseñado.* Los representantes más destacados en Roma fueron: **Séneca, Epicteto**, y **Marco Aurelio**. Los estoicos se dedicaron más que nada a problemas de moral.

que más acabadamente influyó en el pensamiento de los jurisconsultos romanos, así como también **Cicerón**, el célebre orador de fines de la República, el intermediario típico del pensamiento filosófico griego.

Los prudentes romanos recibieron una formación romanística especial que era habitual en Roma y en general supieron asimilar los conceptos primarios de la filosofía helénica y el método lógico de los griegos.

Los principios de la filosofía griega se hacen sentir en todos los órdenes de la vida privada: así como se disminuyen los poderes brutales que otorga la patria potestad; se permite que los hijos de los concubinos puedan ser legitimados y aún heredar en cierta medida; la esclavitud es mirada más humanamente. Esta influencia se nota desde la muerte de Alejandro Severo hasta Justiniano (Período del Bajo Imperio). El derecho formado en ésta época recibe el nombre de ***Jus Novum*** o *derecho romano helénico.*

Se da así la recepción helénica en las fuentes legales romanas, como lo apreciamos tomando en cuenta la idea del ***ius naturale, ius gentium,*** del ***ius scriptum*** *et* ***non scriptum,*** los conceptos de cuerpos simples y compuestos, de cosas corporales e incorporales, la noción de cualidad y sustancia y, muy probablemente , la de ***corpus*** y ***animus*** en materia de posesión.

4.3. EL CRISTIANISMO

La doctrina ha reconocido el decidido influjo que tuvo la religión cristiana sobre el desenvolvimiento del derecho romano del período postclásico.

El Cristianismo entra en el sistema romano por variadísimos medios a partir de la sanción del ***Edicto de Milán*** por el emperador CONSTANTINO en el año 313. *Declarando culto oficial del Imperio Romano,* se abre una nueva época en la legislación de Roma. A partir de entonces el Derecho Romano, a la par que pierde su armazón formalista, adquiere un sentido espiritual y providente del que antes carecía casi en absoluto.

DERECHO.- los estoicos distinguieron entre el "***Jus Naturale***" y el "*Jus Gentium*". Influenció en la legislación romana para mejorar la condición de los esclavos.- Introducción a la Filosofía de Arquímedes Castillo
LUCIO ANNEO SÉNECA (3 - 65 d. C): nato a Còrdova, maestro di Nerone e poi suo primo ministro, morì recidendosi le vene dietro l'ordine di Nerone, di cui era caduto in disgrazia. Opere filosofiche principali: De ira, Epistole morali a Lucilio.- ***Lineamenti di Storia della Filosofia.***- **Maria Goretti**, Terza Edizione, Firenze, 1971.

Son muestras del preponderante influjo de la religión de Cristo en el Derecho Romano: *la dignificación del trabajo; la dulcificación de la esclavitud junto con el fomento de las manumisiones; la reducción de la tasa de interés; la situación más digna del hijo de familia y de la mujer; la abolición del divorcio y el criterio* desfavorable con que se consideran las segundas nupcias (***honesta fornicatio***); *la creación de la legitimación,* como medio de que un hijo nacido fuera del matrimonio alcanzara la calidad de legítimo; *la mitigación del formalismo en materia obligacional; la humanización de la patria potestad,* la admisión más amplia del derecho de alimentos; la protección decidida de las obras pías; el nuevo sentido de las ***aequitas,*** impregnada de piedad, caridad, benignidad.

4.4. LOS DERECHOS DE LA ANTIGÜEDAD

Hay autores que han hablado de la influencia que los derechos de la antigüedad ejercieron sobre el Derecho Romano. En especial el tema hizo nacer de una copiosa literatura después que *Land,* en 1862, descubrió *el libro de derecho* ***Siro-Romano*** y que la expedición de *Morgan,* en 1901, halló el ***Codigo de Hammurabi***[250]. Se ha pretendido encontrar afinidad entre la legislación romana y los sistemas jurídicos: egipcio, judaico, asirio, babilónico, etc.

Código Siro Romano.- Redactado originariamente en griego y existen ediciones orientales que difieren esencialmente entre sí, en asirio, en árabe, en armenio, existía ya antes de la época de Constantino. En el siglo V existían ya también varias versiones que constituyen luego las fuentes del Derecho de la Iglesia. La obra tenía probablemente por finalidad servir de consejero a los miembros de la Iglesia en sus relaciones con las autoridades paganas del Imperio en cuestiones sobre derecho de familia, de herencia y de esclavitud.

El Código de Hammurabi.- El sexto rey de la dinastía amorrea de Babilonia, HAMMURABI (1792-1750, promulgó probablemente en el 40° año de su reinado un conjunto de leyes que para su mejor conocimiento mandó grabar en estelas de piedra y repartirlas por las capitales de su Imperio.

---

[250] **The Code of Hammurabi,** the set of law promulgated by Hammurabi after the unification of **Mesopotania** near the end of his reign, and for which act he is most famous, can best be understood as his usage of yet another tool in the solidification of his empire.
The 282 laws included economic provisions (prices, tariffs, trade, and commerce), family law (marriage and divorce) as well as criminal (assault theft) and civil law (slavery, debt). Penalties varied according to social status and reflected the caste system under which the Babylonians lived.- ***Renowned law givers and great law the documents of humankind;*** published by the Word Peace Through Law Center.

Afortunadamente, una de aquellas estelas, ejecutada en *diorita negra*, fue descubierta en el invierno **de 1901-1902** en la localidad de **SUSA** (Irán) por una misión arqueológica francesa dirigida por J. DE MORGAN. Este Código constituye el ***corpus legislativo más célebre del mundo antiguo oriental y aún de toda la Antigüedad***. Redactado en **lengua acadia y grabadas con signos cuneiformes** fueron descifradas y publicadas pocos meses después de su descubrimiento por el sabio dominico francés **VINCENT SCHEIL.**

El cuerpo legal desarrolla **282 artículos** (hay perdidos unos cuantos), formulados de manera sencilla y en forma condicional. **Su contenido puede resumirse** y estructurarse, a grandes rasgos y en una primera toma de contacto, del siguiente modo: *Infracciones procesales* (1-5); *estatutos de la propiedad* (6-25); *beneficios y obligaciones derivadas de feudos militares* (26-41); *relaciones de posesión y de otra especie* (42-87); *préstamos y otros negocios mercantiles* (88-126); *matrimonio y familia* (127- 177); *sacerdotisas* (178-184); *adopción* (185-195); *lesiones corporales y aborto* (196-214); *médicos, arquitectos y barqueros* (2 15-240); *materias agrícolas y ganaderas con sus sanciones penales* (24 1-272); *salarios y alquileres* (273-277); y, por último, *compraventa de esclavos* (278-282).

El Código de Hammurabi constituye un *verdadero monumento jurídico*, un corpus de jurisprudencia., es un testamento político destinado a dar a los príncipes del futuro un modelo de sabiduría, que en muchos aspectos se adelantó a su tiempo, pese a ser siempre y esencialmente, un fiel reflejo de la época babilónica.

El Código Es un bloque de diorita negra de 2.40 m. de altura y 1.90 m. de circunferencia, las 282 leyes que rigen el orden del reino están gravadas sobre la piedra en 3,500 líneas de escritura cuneiforme.[251] Data de 1800 - 1750 a.C., y **se encuentra en el Museo de Louvre en París**, gracias a los esfuerzos de **Shell,** Winkler y Muller, fue traducido y divulgado para ponerlo al alcance de los estudiosos[252].

Sin embargo, está admitido que los romanos adoptaron principios de *Derecho Etrusco*, especialmente en el campo del derecho público y de derecho griego en la *ley de las XII Tablas.*

[251] SECCO ELLAURI, Oscar *y* Pedro Daniel, Baridón; *Historia Universal* -ORIENTE-, Editorial KAPELUSZ, Buenos Aires, 1939, Pág. 100.

[252] **CÓDIGO DE HAMMURABI**; Cuarta edición, EDITORIAL TECNOS (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2008, pg. LXXX y ss.

Segunda Parte
DERECHO DE PERSONAS

CAPÍTULO I
PERSONAS FÍSICAS

1. NOCIÓN JURÍDICA DE PERSONA

En derecho, ***persona*** se designa a *todo ser capaz de tener derechos y obligaciones.* Al sujeto de derecho se le designa con la palabra ***persona.*** De acuerdo a la etimología, la palabra persona proviene de las voces latinas ***per sonare*** (para sonar), o sea *la máscara (**dramatis personae**) con que los actores griegos o romanos se cubrían el rostro en la escena*, máscara que en orificio bucal tenía un membrana que permitía amplificar el sonido de la voz; asimismo, se daba el nombre de persona al propio actor enmascarado y al personaje que representaba en la escena.

El término persona, como anota **Schulz**, es usado por los juristas clásicos con la significación exclusiva de ***homo***, incluso *los esclavos* también son llamados ***personae.*** No obstante el esclavo también es llamado res (cosa).

El derecho hace una diferencia muy notable entre *hombre* y *persona*. Hombre es un ser dotado de alma racional, que reside en un cuerpo humano. Persona es el hombre considerado en cierto estado.

Estado es la cualidad por la cual los hombres gozan de diversos derechos. Es *natural* o *civil*, y se subdividen ***estado de libertad, de ciudad*** y ***de familia***. De aquí el axioma jurídico: *que el derecho romano no considera como persona, sino como cosa, al que no goza de ningún estado.*

Por tanto, el *siervo es hombre, y también persona con respecto al estado natural,* más no al civil; **Casiodor** le enumera entre las cosas ***mancipi*** y **Ulpiano** entre las cosas que están en el fundo.

Las personas consideradas *en estado de libertad* se dividen en *libres* y *siervos*, y aquéllos se subdividen en *ingenuos* y *libertinos.*

Llámense *libres*, de la palabra *libertad*, y *siervos* de la palabra *servidumbre*. Aquélla es la facultad natural que tiene cada uno de hacer lo que quiera, a no ser que la fuerza o la ley lo prohíban. Ésta por el contrario es una institución de derecho de gentes (secundario) por la cual una persona se sujeta contra la naturaleza al dominio de otro.

La dogmática moderna llama persona en sentido técnico a quien posee capacidad jurídica, entendiéndose por tal la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

Los romanos también consideraron la servidumbre como contraria a la naturaleza, pues por ella el hombre dejará de ser persona, y pasará a ser cosa.

Los siervos o *nacen* o se *hacen*. Nacen de nuestras esclavas, porque los siervos son cosas, y según los principios jurídicos el feto pertenece como *accesorio* al dueño de la esclava.

Los siervos se hacen o por derecho de gentes o por derecho civil. Se hacen por derecho de gentes, los prisioneros de guerra; y se llaman siervos de ***servati***, que significa *guardados* o *preservados*; y ***mancipia*** (palabra que significa en castellano *esclavos*), de la palabra ***manucapta***, que quiere decir cogidos con la mano[253].

En el *lenguaje jurídico* la palabra *persona*, sirvió para nombrar al sujeto de derecho, al titular de derechos y obligaciones.

En el derecho romano la persona puede ser de dos clases: ***persona física*** y ***persona moral o jurídica***.

2. PRINCIPIO Y EXTINCIÓN DE LA PERSONA FÍSICA

En Roma no todo ser humano era considerado como persona. Persona o sujeto de derecho era el hombre que a esa calidad se agregaba otras condiciones esenciales exigidas por el Derecho Romano, esto es tres elementos o ***status***:

- **a.** ***Status Libertatis;*** ser libre y no esclavo.
- **b.** ***Status Civitatis;*** ser ciudadano romano y no peregrino.
- **c.** ***Status familiae;*** ser jefe de familia o ***sui iuris*** y no estar bajo ninguna potestad.

La pérdida de alguno de dichos elementos traía como consecuencia una disminución de la personalidad, una ***capitis deminutio***.

[253] J. HEINECCIO; op. cit. pg. 24 y 25.

El nacimiento marca el comienzo de la persona física, la que se extingue con la muerte.

La existencia de las personas físicas comienza con el nacimiento, siendo necesario que nazcan vivas, tengan la figura humana, y probabilidad de vivir y llama viabilidad a la reunión de estos elementos.

Por una ficción, el propio derecho considera al ser humano *concebido* en atención a todo aquello que en su beneficio se trate, como si hubiera nacido, para adquirir derechos determinados (sucesorios), sujetos a la condición de nacer con vida. La prueba del nacimiento se hacía por el reconocimiento (véase artículo 3° C.C. Peruano de 1852)[254].

Existen dos teorías acerca de las condiciones que debía reunir el recién nacido, para poder adquirir derechos:

a. **Proculeyanos.**- Sostenían que el niño debía gritar o llorar al nacer.
b. **Sabinianos.**- Opinaban que era bastante que el recién nacido hubiera respirado.

JUSTINIANO al hacer su compilación se inclinó por esta teoría. Además este emperador decidió que bastaba que el niño naciese con vida, para adquirir los derechos sucesorios que le correspondiesen, aunque luego muriera (en este caso la herencia pasará a los herederos del niño muerto)[255].

3. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR

La persona o sujeto de derecho, es el ente con capacidad jurídica, esto es con aptitud legal o jurídica para ser titular de derechos y obligaciones, y esta capacidad la tenía el hombre libre, ciudadano y jefe de familia; los **status libertatis, civitatis familiae** otorgaban al hombre la plena capacidad jurídica (***caput***).

La capacidad jurídica o de derecho, debía completarse con la aptitud o capacidad que permitiera ejercer por sí mismo los derechos. Ésta es la llamada *capacidad de obrar o de hecho*, o *facultad de obrar*, como lo denomina **Savigny**.

[254] FICCIÓN.- Acción y efecto de fingir, de dar a entender lo que no es cierto o de dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene. Las ficciones legales son establecidas por la ley.

[255] CODIGO CIVIL PERUANO DE 1852, artículo 4°: "*El nacido y el que está por nacer necesitan, para conservar y trasmitir estos derechos: que su nacimiento se verifique pasado seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tengan figura humana*".

La falta de capacidad constituye la incapacidad, que puede ser de derecho, cuando la persona carece de aptitud legal para ser titular de algún derecho, o de hecho si le falta aptitud jurídica para ejercer por sí misma sus derechos. La incapacidad de obrar puede ser absoluta o relativa, según que el incapaz este legalmente impedido del ejercicio de todos sus derechos o de alguno de ellos.

Había incapacidad de derecho -no goce de los derechos- en el caso del gobernador de provincia que no podía contraer matrimonio con mujeres domiciliadas en la jurisdicción donde ejercía sus funciones, ni adquirir inmuebles enclavados en la provincia, a cuyo frente actuaba como gobernador. Incapacidad de derecho también se presentaba en los tutores y curadores que estaban jurídicamente inhabilitados para adquirir los bienes de sus pupilos.

Incapacidad de hecho o ***de obrar absoluta***, se daba en el supuesto del impúber hasta los siete años de edad (***minor infans***) que en atención que carecía de todo discernimiento no podía realizar por sí negocio jurídico alguno. En su situación similar se encontraban los dementes (***furiosi, mentecapti***).

Para suplir la incapacidad en el derecho romano se creó las instituciones de la ***tutela*** y ***curatela.***

4. CAUSAS MODIFICATIVAS DE LA CAPACIDAD

Diversas circunstancias civiles, naturales y sociales, provocan modificaciones en la capacidad jurídica de la persona, así como de *la degradación del honor civil, la religión, la condición social, la profesión, el domicilio.* Otras repercutían sobre la capacidad de obrar para eliminarla o restringirla, como *la edad, sexo, las enfermedades, la prodigalidad.*

a. **Honor Civil** (*infamia, turpitudo, intestabilidad*), en Roma el honor del ciudadano (***existimatio***) debía mantenerse sin mancha para que este fuera apto para el goce de sus derechos, tanto en el orden público como el privado.

   La existimatio según el jurisconsulto **Calistrato** (D. 50, 13, 5, 1) era el "*estado de dignidad ilesa, comprobado por las leyes y costumbres que en virtud de un delito se menoscaba o se pierde*", podía desaparecer por la pérdida de la libertad o de la ciudadanía.

   El derecho romano organizó ***la infamia*** como una institución regular que implicaba una disminución de la capacidad jurídica, impedía al ciudadano tachado de infame comparecer en juicio, ejercer la abogacía por tratarse de un oficio público e intentar acciones populares.

   La infamia provenía de diversas causas:

a) Condena en juicio por mala administración de tutela.
b) De actividades teatrales o de gladiador
c) Casamiento de las viudas antes del año de luto; sus maridos si lo sabían.
d) Bigamia
e) Condenas criminales en juicio público.
f) Furtum, rapiña, injuria.
g) Quiebra.
h) Usura.
i) Perjurio.

La turpitudo o infamia facti, en ella incurrían las personas que por su vida deshonesta o por su vil profesión veían disminuido su honor civil, y se hacían indignas de la estimación de sus conciudadanos.

La intestabilidad era la prohibición de realizar actos jurídicos formales en los que hubieran de intervenir testigos, se establecían contra los llamados ***homines intestabiles***.

b. La Religión.- Las diferencias de derechos en las personas según la religión que profesaban se hicieron notorias con el advenimiento del **Cristianismo** como culto oficial del Imperio, en la época de **Constantino**. A partir de entonces se distinguieron en la aplicación del derecho privado *los cristianos* (***fideles***) de *los herejes, apostatas, judíos* y *maniqueos* privados del derecho de ser testigos, de suceder por causa de muerte y en algunos casos de adquirir por cualquier título.

c. Condición Social.- Influyó en la capacidad jurídica de distinta condición social. Se ha visto así el trato diferencial que existió entre patricios y plebeyos. Terminado en enfrentamiento de las dos órdenes a mediados de la República con el logro de la igualdad jurídica, desaparece en Roma la odiosa diferenciación de clases y su incidencia en cuanto al goce de los derechos públicos y privados.

d. La Profesión.- también influía en la capacidad de las personas la profesión. Unas merecían ciertos privilegios como las profesiones liberales. Otras por el contrario traían la tacha de infamia con la consiguiente disminución de los derechos. Así los magistrados provinciales, como los gobernadores, mientras ejercían su jurisdicción no podían adquirir inmuebles, prestar a interés, manumitir esclavos ni casarse con mujer de lugar. Entre las profesiones a las que el derecho privado otorgaba mayores privilegios, estaban la de los militares.

e. **El Domicilio.**- la residencia fija o domicilio podía ser *voluntario* si la elegía libremente el sujeto, y *necesario* cuando era impuesto por la ley. Tenían domicilio necesario los desterrados en el lugar de su destierro, las mujeres casadas en el domicilio de sus maridos, los libertos y sus hijos en el de sus patrones. La ley establecía además que los impuestos debían pagarse en el *domicilio municipal,* y que las acciones debían entablarse ante el juez del domicilio del demandado.

f. **Edad.**- En las personas, *la edad es una causa de ponderable gravitación sobre su capacidad de obrar.* Por la edad la distinción fundamental se establece entre *púberes e impúberes.* La pubertad, época de la vida en que comienza a manifestarse la aptitud física para procrear, para los proculeyanos se fijó a los 12 años para la mujer y 14 para el hombre. Antes de alcanzar la pubertad, la persona era incapaz de obrar y por ello la legislación romana sometió *al impúber sui iuris a tutela,* esto es, a una representación legal, para que el representante o tutor actuara por el incapaz o pupilo.

   Entre los *impúberes se distinguían los infantes* (***minori infantia***) *de los infantes mayores* (***maior infantia***). Los primeros eran los que no sabían pronunciar las palabras de los actos formales ni tenían conciencia de sus actos. En la época preclásica la infancia se extiende hasta los siete años. Dada a su falta de discernimiento, el derecho romano declaró al infante incapaz absoluto de obrar.

   Los ***infantia maiores,*** desde la edad de 7 años hasta la pubertad, tenían una incapacidad de obrar relativa. Podían por tanto realizar negocios patrimoniales con el consentimiento del tutor - ***auctoritas tutoris-***, *y hasta sin él,* cuando fueran ventajosos para el incapaz. El tutor debe hallarse presente en el momento de la celebración y autorizar el negocio, en tiempos antiguos formalmente, más tarde sin sujeción a forma alguna.

   La lex plaetoria[256]de alrededor del año 186 a.C. estableció sanciones para las personas que engañasen a un *sui iuris menor de* 25 años, en la realización de un negocio, protección que fue ampliada por el Pretor al conceder medidas que podía llevar a la rescisión del acto jurídico desventajoso. A partir de tales remedios legales se impuso la costumbre de que hasta la edad de 25 años el menor fuese asistido por un curador designado por el magistrado. Sin embargo en el derecho postclásico el varón de 20 y la mujer de 18 años podían obtener una declaración de mayoría de edad por favor imperial (***venia aetatis***), que les daba capacidad de obrar, pero sólo en cuanto a los actos de disposición de bienes inmuebles.

---

[256] ***Lex Plaetoria de Circumscriptione Adolescentium.***- Rogado por el tribuno ***Plaetorius*** anterior al 186 a. C.

g. **Sexo.**- La mujer en Roma estaba excluida del ejercicio de las funciones públicas y por la naturaleza patriarcal de la familia, se hallaba privada de todo poder familiar. *La mujer*, cuando era ***sui iuris***, esto es cuando se hallaba bajo el poder paterno (***patria potestas***) y marital (***manus***), cualquiera que fuera su edad fuese o no púber, *estaba sometida a la **tutela perpetua del sexo*** (***tutela mulierum***). *Era incapaz de obrar, con incapacidad relativa*; le estaba permitido realizar todos aquellos actos que pudieran producirle beneficio patrimonial; para los demás era necesario la ***auctoritas tutoris***. La tutela perpetua del sexo fue limitada en el derecho clásico hasta que al final desapareció. *La capacidad delictual es plena en mujeres mayores de edad.*

h. **Enfermedades Corporales y Mentales.**- tenían también influencia en el derecho de las personas las enfermedades corporales y las alteraciones mentales. Varias restricciones o exenciones especiales se referían a los ciegos, los sordos o los mudos. Los primeros no podían testar válidamente sino observaban en formas especiales y los segundos estaban incapacitados para realizar todos aquellos actos cuyos requisitos formales no pudieran ser satisfechos en razón del vicio corporal.

   En cuanto a las enfermedades mentales, los locos (***furiosi***) y los imbéciles (***dementes, mentecapti***) tenían incapacidad absoluta de hecho por carecer de discernimiento como los infantes. Sus personas y sus bienes estaban sometidos a un curador. Sin embargo el derecho romano les reconoció capacidad en sus intervalos lúcidos (***lucida intervalla***).

i. **La Prodigalidad.**- El pródigo (***prodigus***), el que tenía la manía de dilapidar sus bienes, podía ser privado bajo el pronunciamiento del magistrado – ***interdicción***-, de su plena capacidad de obrar. Quedaba de esta suerte con una incapacidad relativa, excluido – de modo semejante al ***maior infantia***- de la posibilidad de contraer obligaciones y estipular negocios dispositivos, pudiendo sólo participar en aquéllos que le trajeran un enriquecimiento. El pródigo también estaba asistido por un curador.

5. CAPITIS DEMINUTIO

Llamase *cabeza* entre los romanos el triple estado de *libertad*, de *ciudad* y de *familia*, porque las personas se inscribían en el censo según esta división[257].

---

[257] De aquí fue, que los hombres de su derecho se llamaron **cabezas libres**; ***capite censi***, los que sin bienes ni familia solamente asentaban sus nombres en el ceso; y **destituidos de cabeza** *los siervos*.- Véase J. Geineccio, op. cit. pg. 65.

La *capitis diminución* es pues la mutilación del estado anterior.

Disminución o pérdida de la capacidad jurídica, por ausencia de uno o más *status* integrantes de la personalidad.

La capitis deminutio, según los estados que afectase, podría clasificarse en:

a) **Capitis Deminutio Máxima.**- Consiste en la *pérdida del estado de libertad (**status libertatis**) importaba la extinción de la personalidad civil,* porque el esclavo no era para el derecho romano persona sino cosa, *traía aparejada la pérdida de los estados:* ***el status civitatis*** y ***el familiae.*** Esto es, en razón de que *un esclavo no podía ser ciudadano ni tener una familia,* desde el punto de vista del derecho civil.

b) **Capitis Deminutio Minor vel Media.**- Tenía lugar cuando ***el sujeto perdía la condición de ciudadano romano,*** aunque conservaba el estado de libertad (***status libertatis***). Trae aparejada le pérdida del ***status familiae.*** Esto es como consecuencia de que los lazos de potestad paterna (***patria potestas***) o marital (***manus***) no pueden existir sino entre los ciudadanos.

c) **Capitis Deminutio Mínima.**- Consiste en la ***pérdida del status familiae;*** el ***capite diminute*** conserva su libertad y ciudadanía. No quebranta los lazos de parentesco natural (***cognación***), pero sí el vínculo civil (***agnación***).

Esta disminución de la capacidad puede tener por causa: *la adrogación, la adopción, la emancipación.*

6. STATUS LIBERTATIS

La plena capacidad jurídica, ***la personalidad,*** estaba constituida en **Roma** por la posesión de los tres estados integrantes del ***caput:*** el ***status libertatis,*** el ***status civitatis*** y el ***status familiae.***

De acuerdo al status libertatis, las personas se dividían en *libres* y *esclavos* (***omnes homines aut liberi sunt aut servi***) (Inst. 1, 3, pr.). **Libres** (***liberi***) eran aquellos que gozaban de libertad, la que al decir de un pasaje de FLORENTINO en el Digesto, es "*la natural facultad de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley*". Eran **esclavos** (***servi***) los que no poseían ese atributo natural de la personalidad y estaban colocados bajo el poder o dominio de un hombre libre.

Ingenuos (que se llamaban libres por excelencia), toman el nombre de ***gignendo,*** palabra formada por el verbo ***gigno,*** que significa *engendrar,* porque la libertad se consideraba en ellos como engendrada; o como dice **Isidoro,** *parece que tienen la libertad en el linaje, y no en los hechos.*

Por tanto se llama *ingenuo* el que es libre desde que nace.

Se ha introducido a favor de la ingenuidad el axioma siguiente: *es ingenuo todo el que nace de madre que a tiempo de la concepción, o al del parto, o durante su embarazo, fue libre aun por un momento siquiera*[258].

Libertinos [259] en contraposición a los ingenuos *son los manumitidos de una servidumbre legítima.*

La ***mano*** era por nuestro derecho y entre los antiguos un *símbolo de poder*, **Livio**; y como los siervos son cosas, es claro que los amos pueden renunciar el dominio que tienen ellos, dándoles la libertad.

Estudiar el ***status libertatis*** nos lleva a considerar una institución regular en el mundo antiguo: ***la esclavitud***, que Roma conoció como todos los pueblos. *Su régimen jurídico proviene del derecho de gentes*, que influyendo en esta materia sobre el derecho privado de los romanos lo llevó a regular las causas que provocaban la esclavitud, la condición jurídica del esclavo y los medios que podían hacer cesar la condición servil.

7. LA ESCLAVITUD - SUS CAUSAS

En principio para el **Derecho Romano** *el esclavo era jurídicamente una cosa* (***res***) *de la categoría de las cosas transmisibles por mancipación* (***res mancipi***). *Como cosa estaba sometido a la potestad, más propiamente al dominio de su amo*, que tenía los poderes de dueño o ***dominus*** (***dominica potestas***). Así podía disponer de su vida, castigarlo, abandonarlo, enajenarlo como cualquier otra cosa transmisible por acto ***inter vivos***.

Sin embargo la legislación romana no pudo desconocer la realidad de que el esclavo era una *cosa con naturaleza humana* y paulatinamente fue atenuando tanto doctrinaria como prácticamente el rigor del principio, sin romper el precepto legal de la absoluta incapacidad jurídica del ciervo.

---

[258] J. HEINECCIO; op. cit. pg. 27.

[259] Se llaman **libertinos** con respecto al estado, y **libertos** con relación al patrono. Heineccio dice: se llaman *libertinos* con respecto al *estado*; yo creo que sería más exacto decir con respecto a los *individuos*, excluyendo de este número al patrono, ejemplo: Sea **Juan** *el manumitente y* **Pedro** *el manumitido*. **Pedro** será *liberto* respecto a **Juan** su patrono; pero respecto de **Antonio** o de otro cualquiera, será sin duda *libertino*. **Heineccio**, fundándose en lo que dice **Suetonio**, afirma que *antiguamente se llamó liberto el manumitido, y libertino el que nacía de liberto*.- Véase J. **Heineccio**, op. cit. pg. 28.

En cuanto a la amplitud de los poderes del amo también se suavizó el rigor de los primeros tiempos. Se prohibió al ***dominus*** arrojar su esclavo a las fieras si no mediaba condena del magistrado -***Lex Petronia*** *de comienzos del Imperio*-; se le reconoció la libertad al que hubiera sido abandonado por su dueño por viejo y enfermo –***Edicto de Claudio***-; se sancionó con la pena de deportación primero, y de homicidio después al que diera muerte a su propio ***servus*** –***Lex Cornelia de Sicariis***- (época de Sila); se obligó al amo demasiado cruel a vender a su esclavo y se autorizó a éste a ejercer una acción de injuria (***actio iniuriarum***) contra aquél por las ofensas al honor que le hubiera inferido; se castigó con multa de la mitad de sus bienes a quien castrara a un esclavo.

La esclavitud es tan antigua como la civilización misma, es probable que sus remotos orígenes fuesen las guerras; en efecto, el vencido carecía de todo derecho frente a sus vencedores, quienes tanto podían darle muerte, como apropiarse de su persona y de sus bienes, para servirse de ellos. Arraigada como estaba esta odiosa costumbre en el espíritu de los pueblos, permaneció incólume a través de los siglos, pudiéndose decir que ha desaparecido totalmente sólo a fines del siglo XIX.

CAUSAS

La esclavitud puede tener su origen en el derecho de gentes o en el derecho civil.

a. Derecho de Gentes.

Son esclavos los individuos sometidos a *cautiverio*. Los romanos ejercían este derecho sobre los habitantes de otros países:

- Prisioneros de guerra formalmente declarada (***iustum bellum***).
- Prisioneros tomados entre ciudadanos de otros pueblos, por el simple hecho de no haber acordado con ellos tratado de amistad o ayuda mutua alguna.

Los extranjeros prisioneros de Roma pasan a ser propiedad del Estado o esclavos del pueblo, el cual los destina a servicios públicos –***servi publici***- los vende a particulares –***emptio sub corona***- o raramente eran cedidos a los jefes o a los soldados.

El captivus romano no es, desde el punto de vista de la ley romana un esclavo, si bien se llama con tal nombre y se le considera en una situación semejante a la esclavitud. ***La cautividad*** sólo acarrea la extinción de las relaciones jurídicas de hecho, cual el matrimonio (por ser ***res facti*** exige la continuidad de la convivencia) en la nación romana y la posesión, que no pueden ser interrumpidos. Las demás relaciones, patria potestad, tutela, propiedad, derechos y obligaciones patrimoniales, etc. Se mantienen en suspenso.

Si el cautivo retorna a Roma o a una ciudad aliada de Roma con la intención de quedar en la patria -***animus remanendi***- readquiere la libertad y se reintegra en todos sus derechos por virtud del ***postliminium*** (***ius postliminii***). Si muere en prisión sus derechos quedan extinguidos desde el momento en que fue apresado. Sin embargo, por virtud de una ***factio legis Corneliae***, bajo **Silla** alrededor al año 80 a.C., el testamento hecho con anterioridad a su apresamiento es válido. Estos favores fueron ampliados en el período postclásico.

Quien redime al prisionero, tiene por concesión imperial un **derecho de retensión** sobre el ***captivus redemptus*** hasta serle abonado el precio que pagó por redimirlo[260].

b. Derecho Civil.

Antes de Justiniano

- No prestación, por algún ciudadano, del servicio militar obligatorio.
- No inscripción en el censo, a fin de eludir el pago del tributo.
- Convivencia de una mujer libre con el esclavo de otro, contra el consentimiento de su dueño, si luego de tres apercibimientos no cesaba en sus hábitos.
- Ejerció del comercio por una mujer libre con el esclavo de otro.
- Falta de pago o ejecución de la prestación adeudada, cuando el deudor se había obligado por ***nexum***.
- *Nacimiento. Los hijos de mujer esclava nacen esclavos.* Pero si el hijo había sido concebido siendo ésta libre y dado a luz cuando era esclava, se le consideraba libre. No obstante *en el derecho clásico*, para favorecer la libertad, se llegó a admitir que el hijo de mujer esclava nacía libre si la madre había gozado de libertad en algún instante de la concepción o en el período de la gestación, es decir, desde la concepción al alumbramiento. Los romanos tuvieron sus dudas, pero luego, por aplicación del ***principio del favor libertatis***, en ambas situaciones se entendió que el hijo nacía libre.
- Ser sorprendido al cometer un ***furtum*** o ***injuria in flagranti delicto***
- Ingratitud del liberto para con su ex amo.

[260] KASER, Max, op. cit. pg. 78 y 79.

Después de Justiniano.

De las causas precedentemente mencionadas sólo subsisten:

- Nacimiento de madre esclava.
- Ingratitud del liberto.
- Cautiverio.

8. CONDICIÓN JURÍDICA DEL ESCLAVO

El esclavo (***servus***, o simplemente ***homo***) es aquel hombre que por una justa causa (***iusta causa sirvitutis***) no tiene libertad y pertenece a otro a quien sirve (**Gayo**, 1.11 - D. 1. 5. 6; Inst. 1. 4 pr.). Para poder someter a otro a la esclavitud, es necesario que medie una "**iusta causa servitutis**". En tal sentido, **las Institutas de Justiniano** nos dicen que los esclavos "*nacen*" o "*se hacen*". "*Nacen*" esclavos los hijos de madre esclava. En cambio, "*se hacen*" esclavos o por derecho de gentes o por el derecho civil (Inst. 1. 3. 4).

Por el "***ius gentium***" se hacen esclavos a los cautivos en una "***guerra iusta***", es decir una guerra formalmente declarada contra aquellos pueblos con los cuales Roma mantiene vínculos regulares (***hostes***) o también sin existir declaración formal con aquellos pueblos desconocidos para Roma (barbari). **Pomponio** (D. 49. 15. 5. 2).

El esclavo es al mismo tiempo un ***homo*** y una ***res mancipi***, por cuanto pertenece a su dueño (***dominus***), quien tiene sobre él una potestad absoluta -***potestas vitae necisque*** - potestad de vida y muerte; **Gayo** 1.52 = D. 1. 6. 1 pr; Inst. 1. 8.1).

Como ***homo*** tendrá, pese a su incapacidad, cierta actuación en la vida negocial para obrar actos por cuenta de su dueño, y si pertenecen al ***populus*** o a una ***civitas*** podrán desarrollar cierta actividad como agentes públicos (***servi publici***). Esto no se contrapone con que son considerados ***res*** de la categoría de ***res mancipi***. *Por ello es que pueden ser vendidos o comprados, y pueden ser causa de reivindicación.* Pero los juristas romanos nunca lo consideran igual que a un animal, que es un simple ente inanimado[261].

El esclavo participa en el **Derecho Sacro**, tanto en la época pagana como en la cristiana. *Tiene capacidad para prestar juramento.*

FACULTADES

La esclavitud por obra del derecho natural fue suavizando su antiguo rigorismo, y ya en la época clásica su régimen se ha modificado y se reconocen al esclavo algunas facultades.

---

[261] DI PIETRO, Alfredo; *Derecho Privado Romano*, op. cit., pg. 83.

a. **Contubernium.** *Unión natural entre esclavos o entre éstos y personas libres que se llamó* ***contubernium*** del que deriva un parentesco, la ***cognitio servilis***, que tenía valor jurídico en materia de impedimentos matrimoniales y de sucesión legítima, respecto de aquellos que hubieran alcanzado la libertad. Durante la intervención del **Cristianismo**, el parentesco servil ya producía efectos respecto a la sucesión.

b. **Peculio**[262]. *Pequeño patrimonio de propiedad del esclavo* y servía a éste para algún día poder comprar su libertad. Podía también destinarlo al comercio.

Se formaba con:

- Dádivas y regalos que le hiciera el patrón.
- Donaciones de otras personas.
- Ahorros provenientes de actividades comerciales realizadas en pequeña escala.

Jurídicamente el amo era el verdadero propietario y tenía derecho a disponer de él como mejor le pareciese. Pero esto no ocurría sino excepcionalmente.

El esclavo podía testar por la mitad de su valor.

Su formación requería la previa autorización del patrono.

OBLIGACIONES DEL PATRONO

Así como las adquisiciones del esclavo enriquecían al amo, éste quedaba ajeno a las relaciones de las que surgieron obligaciones que por aplicación de los principios del derecho civil, no recaían sobre el ***dominus***.

El rigorismo del derecho civil fue corregido por el derecho honorario con la creación de *acciones especiales* que engendraban junto a la obligación natural del esclavo, una responsabilidad adicional del ***dominus***.

El patrono debe responder por las obligaciones contraídas por su esclavo:

a. Con su Consentimiento[263].

- **Actio Exercitoria**.- Cuando lo había *constituido patrono de una nave*, por las obligaciones derivadas de esta causa.

---

[262] ***PECULIO***, por su denominación (proviene de ***pecus***, ganado) el peculio fue primero un *hato de ganado menor*, pero más tarde se constituyó con valores patrimoniales de toda especie. Cuando el esclavo es manumitido, el peculio le es donado o legado.- MAX KASER, OP. CIT. PG. 77.

[263] ODERIGO, Mario N.; op. cit., pg. 67 y 68.

- **Actio Institoria.**- Cuando la deuda proviniera de un *negocio terrestre.*
- **Actio Quod Iussu.**- Cuando la deuda hubiese sido contraída *con el consentimiento expreso del amo.*
- **Actio in Rem Verso.**- Si la gestión realizada por el esclavo hubiese resultado de *provecho para el amo.*
- **Actio Tributoria.**- Se ejercía por los terceros hasta el límite de la cantidad autorizada por el ***dominus*** al siervo para la realización de un comercio con su peculio.

b. Sin su Consentimiento[264].

- **Actio de Peculio.**- Cuando el esclavo, poseedor de un peculio, lo destinaba al comercio sin conocimiento del amo.

  La ***actio*** de peculio se daba cuando el amo había entregado un peculio al esclavo para que lo administrara y negociara, en cuyo caso los acreedores sólo podían cobrarse hasta donde alcanzara su activo, previa deducción de lo que con el peculio hubiera que pagar, incluida la devolución al amo.
- **Actio Noxalis.**- (***acción noxal***).- En cuanto a la responsabilidad del esclavo por los delitos privados que hubiera cometido, *se concedía al ofendido una **actio noxalis** contra el amo*, a quien le cabía la opción de pagar la indemnización reclamada o hacer el llamado ***abandono noxal***, que consistía en la entrega de la persona del esclavo (delincuente) a la víctima. Esto fue así en aplicación del *principio sigue al esclavo y no al amo* (***noxa caput sequitur***).

9. EXTINCIÓN DE LA ESCLAVITUD

La condición servil podía extinguirse por un ***acto voluntario del dominus***, llamado **manumisión** (***manumissio***) -salida de la ***manus***, de la potestad del ***dominus***- es un acto de disposición por virtud del cual el esclavo se hace libre y ciudadano. Por regla general, es la manumisión el premio que se otorga a un servicio leal del esclavo. ***La manumissio podía ser solemne o no solemne y por decisión de la ley.*** Manumisión proviene de dos palabras ***manus*** y ***mitere*** = *soltar de la mano o soltar de su poder.*

a. MANUMISIONES SOLEMNES

El derecho civil creó tres formas solemnes de manumisión:

[264] ODERIGO, Mario N. ; op. cit. pg. 68.

- ***Per vindicta.***
- ***Per censum.***
- ***Per testamentum.***

PER VINDICTA

Esta manumisión consistía en un *procedimiento ficticio* mediante el cual se consideraba que un hombre libre estaba sometido injustamente as la esclavitud y cualquier ciudadano podía intentarlo contra el que aparecía como dueño, procedimiento que se denominó ***adsertor in libertatis = vindicatio in libertatem***[265].

Dicho procedimiento servía para lograr la libertad de un esclavo; así, bastaba que un amigo o un ***lictor*** se convirtieran en ***adsertor libetatis*** y frente al magistrado sostuviera "*que el esclavo es libre*", con lo cual convertía al dueño en demandado, quien no contradecía la afirmación del demandante, en cuyo caso el magistrado proclamaba con su decisión "*que el esclavo era libre*" ***-la addictio libertatis-***. Este procedimiento se llevaba a efecto mediante la pronunciación de palabras solemnes y el demandante, con una varita en forma de lanza pequeña llamada ***vindicta o festuca***, tocaba el esclavo y afirmaba que era libre. Dicha ***vindicta*** simbolizaba la propiedad y la fuerza, o sea, la conquista que había originado el **poderío de Roma**. De esta denominación tomó la manumisión el nombre de medio solemne para obtener la libertad.

Esta formalidad fue sustituida más tarde por la simple declaración del *manumisor* ante el magistrado[266]. *En lugar del **adsertor** intervino un **lictor*** (oficial subalterno que precedía al monarca y a los cónsules cuando asistían a las ceremonias públicas portando las ***fasces***[267], al propio tiempo encargados de la ejecución de órdenes y otras funciones de policía), pero sin carácter de forzocidad, pudiéndose también verificar la manumisión ***in transitu***, es decir, en cualquier lugar donde se hallase el magistrado y no necesariamente ***pro tribunal.***

[265] En este procedimiento, participaban delante del magistrado -***in iudex***- el ***dominus***, ***el esclavo*** y ***un tercero -adsertor libertatem- iure cessio- forma iure civile*** de transmitir la propiedad por medio de una fingida reivindicación de la cosa.

[266] El rito consistía en que *el amo* hiciese girar al siervo, le diese una bofetada, y después le soltase de la mano, diciendo estas palabras. *Quiero que este hombre sea libre.* Hecho esto, *el lictor* daba al siervo un golpe en la cabeza con una varilla que se llamaba ***vindicta*** de ***Vindicio***, siervo a quien se manumitió de este modo – Livio.- Ver HEINECCIO, op. cit. pg. 30.

[267] ***FASCES.***- *Haces de Varas atados*, con un hacha o segur en medio, que llevaban delante los *lictores* por insignia de los pretores urbanos, procónsules, pretores provinciales, cónsules y dictadores.

PER CENSUM

El censo se practicaba en Roma cada cinco años; se inscribían en él sólo los ***caput***, con todas sus propiedades; era para los hombres libres, partícipes de las cargas públicas, con todos los derechos que el derecho civil otorgaba, *y el hecho de inscribir a un esclavo en las listas del censo de los ciudadanos con el consentimiento del dueño* ***-consentiente vel iubente domino-****, lo catalogaba como hombre libre.* A fines de la República cuando el censo fue cayendo en desuso, dejó de tener aplicación esta forma de manumitir[268].

LA MANUMISSIO TESTAMENTUM

Tiene lugar cuando *el dueño declara en su testamento mancipatorio su voluntad de manumitir*, con las palabras prescritas: ***Stichus servus meus liber esto.*** Con la eficacia del testamento, esto es, por regla general con la adquisición de la herencia por el heredero instituido, consigue el esclavo la libertad y la consigue directa e inmediatamente del testador, el cual es por esta razón su patrono. Al lado de esta forma directa de manumisión se desarrolla *en el Principado la llamada* ***manumisión fideicomisaria.*** El testador grava al heredero (o a la persona a quien ha atribuido el ***servus***), con el fideicomiso, de que manumita al esclavo. *El gravado con fideicomiso debe efectuar la manumisión* (mediante actos ***inter vivos***). Para realizar ésta puede ser constreñido, mediante un proceso cognitorio[269].

Los esclavos, después de obtener la libertad, acostumbraban cortarse el pelo en el templo de la Diosa de los bosques ***Feronia***, y recibir allí mismo un gorro o sombrero, como signo de su libertad. Algunas veces su mismo amo los presentaba en el templo con un vestido blanco y un anillo; tomaban un nombre, y antes del suyo ponían el de su patrono; y así ***Marcus Tullius Tiro*** se llamaba el liberto de Cicerón.

Los extranjeros a quienes se les concedía la gracia de ciudadano, tomaban también el nombre de aquellos por quien habían obtenido este beneficio[270]

b. MANUMISIONES NO SOLEMNES

A la par de las formas solemnes de manumitir fueron apareciendo en Roma otras desprovistas de formalidades, por estar reconocidas sólo por el **derecho pretorio**; por tanto, *otorgaban una libertad de hecho imperfecta*, que el **derecho civil** *no lo reconocía* y que produjo efectos hasta la época de Justiniano e hizo nula la manumisión según el derecho civil y, en consecuencia impidió al esclavo

---

[268] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg.1]8.

[269] KASER, Max, op. cit. pg. 80.

[270] ADAM, Alejandro; *Antigüedades Romanas*; Tomo I, op. cit. pg. 101.

hacerla valer, pues el dueño podía volver a constituirlo en siervo. Esos medios fueron los siguientes:

a. ***Inter Amicus*** (*entre amigos*). Se podía dar libertad al esclavo con la sola declaración del amo ante la presencia de amigos (cinco testigos). Por exhibicionismo, por presunción, para significarse como altruista un patricio después de un festín, banquete, orgía o festejo entre sus amigos hacía la declaración de que otorgaba la libertad a uno o varios de sus esclavos. Esta manumisión les daba la *libertad de hecho.*

b. ***Per Epistulam,*** mediante *una carta liberatoria dirigida al esclavo* (***servus***) sin solemnidad y por esto los ausentes podían ser manumitidos de este modo.

c. ***Per Mensam,*** Habiendo sido indecoroso antiguamente que el amo se sentase a la mesa con sus esclavos (**Herneccio**), se supuso que cuando lo hacía, le daba la libertad por *convite.*

d. Como antiguamente el *siervo adoptado por el amo* se hacía libre, JUSTINIANO siguiendo a CATÓN y a otros antiguos, determinó que fuese libre el siervo a quien el amo daba por medio de los registros públicos el nombre de hijo; más no por esto adquiría los derechos de tal. ***Manumissio in Ecclesia*** en tiempo del **Emperador Constantino,** y por influencia del Cristianismo se establece una nueva forma de manumitir: ***Manumission in ecclesia,*** consiste en una declaración liberatoria (***manumissio in sacrosanctis ecclesiis***) hecha por el dueño del esclavo en la iglesia ante el obispo y la asamblea de fieles. Esta forma se inspira probablemente en modelos helenísticos y acusa también influencias de las formas pretorias de manumisión[271].

No se crea que estos eran los únicos modos, pues las esclavas se libertaron si el amo las ponía el vestido de las matronas, y los siervos que por voluntad del amo firmaban las tablas, o aquellos a quienes cogiéndolos el amo por la mano derecha, les había dar una vuelta. También se reputaba como libre el muchacho a quien los **venalicios** ponían la *bula* y la *toga pretesta*[272].

---

[271] KASER, Max, op. cit. pg. 81.

[272] Llamáronse en **Roma** ***Venalicios*** o ***Mangónes*** los traficantes de carne humana, quiere decir los que se ocupaban en el vergonzoso, bárbaro e infame comercio de esclavos. Por *bula* no se entienda aquí el documento pontificio con que se compra la remisión de los pecados y la facultad de comer carne en ciertos días del año, sino *un globo hueco de oro* que colgándose del cuello caía sobre el pecho de los muchachos romanos. Algunos dicen que no era un globo sino un *corazón*; pero otros afirman que tenía una figura circular, y que el corazón estaba grabado en él. Los *libertinos* y *personas pobres* usaron de una *bula de cuero.*- Véase Heineccio, op. cit. pg. 29.

Estas manumisiones no formales carecieron al principio de validez legal, por lo que ***el esclavo era libre de hecho, pero no de iure.*** El pretor, por razones de equidad, comenzó a dispensar una cierta protección a los que se hallaban en esta situación, hasta que la ***Lex Iunia Norbona*** (año 19 d.C.) de principio del Imperio estableció que los manumitidos por tales procedimientos no adquirían la condición de ciudadanos, sino de ***latinos***, por lo cual se les llamó ***latini iuniani***, con capacidad jurídica limitada.

Estos ***latinos***, categoría especial de no ciudadanos, *tuvieron capacidad patrimonial para disponer por* ***actos inter vivos***, pero carecían de ella si se trataban de actos por disposición por testamento o sea de ***testamenti fictio***, porque por expresa prescripción de la ley, a su muerte los bienes se transmitían al ***antiguo dominus. Por ellos se ha dicho que aquellos latinos vivían libres y morían esclavos***. En tiempo de **Justiniano** *se abolió la categoría de los* ***latini iuniani*** y se admitió que la voluntad expresada por cualquiera de los medios no formales de manumitir daba al esclavo la calidad de libre y de ciudadano romano, siempre que se hiciera en presencia de *cinco testigos.*

c. EXTINCIÓN POR LEY

El ordenamiento legal romano en tiempo de la República, consagró diversas causas que, independientemente de las manumisiones daban al siervo la condición de hombre libre. Así, si el *dominus lo hubiera abandonado* gravemente enfermo; cuando *lo hubiera vendido bajo condición* de que el comprador lo manumitiese y la condición no se hubiera cumplido; *si el esclavo de buena fe se encontraba durante 20 años en posición de libertad* y, desde **Justiniano**, *cuando hubiere alcanzado una dignidad o recibido las órdenes eclesiásticas.*

En el **Derecho Justinianeo**, cualquier forma de manumisión implicaba la adquisición de la libertad y de la ciudadanía. ***Subsisten las manumisiones vindicta, testamentum e in ecclesia***, y para los hechos ***per epistulam, inter amicus****, se exige la presencia de 5 testigos.*

LIMITACIONES A LA FACULTAD DE MANUMITIR

Por razones políticas, morales y raciales, el **Emperador AUGUSTO** hizo dictar por el ***comicio*** dos leyes tendientes a restringir la facultad de los amos para manumitir a sus esclavos.

a. **Lex Furia Caninia o Fufia Caninia** (del año 2 a.C.), tuvo por objeto *restringir las manumisiones testamentarias* estableciendo, que ellas sólo podían hacerse identificando al esclavo por su nombre –***nominatim***–, prescribió límites en cuanto al número de esclavos a manumitir. Así el dueño de tres esclavos sólo podía manumitir hasta dos; más de tres a diez, la mitad; de once a treinta, el tercio; de treinta y uno a cien, el cuarto y de ciento uno a quinientos, el quinto. En ningún caso a nadie era

concedido manumitir más de cien esclavos. **Esta Ley fue derogada por Justiniano.**

b. **Lex Aelia Sentia.** Del año 4 d.C., fue la otra ley que contuvo disposiciones restrictivas a la facultad de manumitir. Dispuso que para que la manumisión fuera válida el manumisor debía tener no menos de veinte años y el esclavo treinta, a no ser que mediase una justa causa comprobada ante un consejo especial. Declaró nulas las manumisiones que solían hacer para defraudar a los acreedores. Prescribió, por último, que los esclavos delincuentes manumitidos que hubieran observado mala conducta durante su estado servil, no obtenían la ciudadanía romana, ni tampoco la latinidad, sino la condición de **peregrinos dediticios** -***peregrini dediticii***- **Justiniano** conservó de esta ley la nulidad de la manumisión hecha en fraude de los acreedores y rebajó la edad del manumisor a diecisiete años.

10. LOS LIBERTOS Y EL DERECHO DE PATRONATO

Los esclavos manumitidos, llamados *libertos* o *libertinos* (***liberti o libertini***), eran ciudadanos jurídicamente capaces, aunque no gozaban de la misma condición de los ciudadanos que habían nacido libres y conservado tal condición durante toda la vida, a los que denominaban *ingenuos* (***ingenui***). *Su origen esclavo hace que los libertos se hallen sometidos al Patronato*, esto es el poder protector del manumitente.

Los libertos no podían ser magistrados romanos ni ingresar al Senado, ni acceder a cargos en la Curia Municipal, en la legión. *Restricciones como la de contraer matrimonio con ingenuos, abolida sólo por* **Justiniano**.

El derecho de patronato o el vínculo que unía al liberto con su antiguo amo y con los herederos de éste. Este derecho hacía que el liberto debiera al patrono antiguo ***los deberes de reverencia*** que se manifiestan en la prohibición de demandarlo sin autorización del magistrado, ni entablar contra él acción criminal que pudiera llevar aparejado la tacha de infamia. Estaba igualmente obligado a prestarle determinados servicios (***operae***), que podían ser exigidos judicialmente por el patrono si los había prometido por juramento (***promissio iurata liberti***) antes de la manumisión o por estipulación (***stipulatio***) después de ella.

El patrono era llamado por ley al desempeño de la tutela de los hijos del liberto y tenía derecho a la sucesión si moría sin herederos suyos (***heredes sui***). Si el patrono fallecía, sus derechos se trasmitían a sus descendientes y desde **Justiniano** a sus demás herederos.

El patrono y el liberto tenían la recíproca obligación de prestarse alimentos en caso de necesidad y aquél también quedaba obligado a asistir al liberto en juicio, defenderlo y no intentar una acusación por delito capital. Pero podían en todo caso, renunciar a los derechos inherentes al patronato.

El liberto adquiere la "igualdad", teniéndosele para todos los efectos como si hubiera nacido libre, mediante decreto del príncipe -***natalium restitutio***-, con el consentimiento del patrono. *También se adquiere la condición de "**ingenuo**"* por la concesión que hace el príncipe del ***ius anulorum aureorum*** -el anillo de los caballeros- si bien en este caso perdura la relación de patronato[273].

El derecho de patronato se trasmite a los descendientes del patrono, pero no alcanza a los hijos del liberto, considerados ya "ingenuos".

11. SITUACIONES AFINES A LA ESCLAVITUD

PERSONAS «*IN MANCIPIO*»

Dícese que está ***in mancipio -mancipio ese-***, ***in causa mancipii***- *el filiusfamilias* cuyo *pater* lo vende a otro *pater*, o bien se lo entrega en reparación de un delito que aquél cometió -***noxa deditio***-.

El mancipio datus conserva los atributos de libertad y de la ciudadanía. Ahora bien, siendo ***caput liberum***, en lo que toca a las relaciones patrimoniales se considera como esclavo -***loco servi***. El poder del *pater* no cesa sino que queda en suspenso, renaciendo en el momento mismo en el que el *cuasi-dueño* lo hace salir de su potestad[274].

COLONOS

Llamase colonos -***coloni***-, los individuos que, no obstante tener personalidad jurídica -capacidad patrimonial, matrimonial y procesal- se hallan adscritos permanentemente, con sus familiares, a la tierra -***servi terrae, glebae adscripti***-[275].

La institución del ***colonato*** no pertenece al derecho clásico, aparece probablemente con los primeros emperadores cristianos y ***consiste en un estado intermedio entre la esclavitud y la libertad.***

[273] IGLESIAS, Juan, op. cit. pg. 124.

[274] IGLESIAS, Juan, op. cit. pg. 124 y 125.

[275] IGLESIAS, Juan, op. cit. pg. 125.

El colono es aquella persona libre que cultiva una tierra que no le pertenece aunque está ligado a ella y no puede abandonarla. Por el hecho de cultivarla paga una cantidad anual, ya sea en dinero o en especie.

La persona del colono no está sometida al dueño de la tierra; puede casarse y adquirir bienes, pero para enajenarlos necesita el consentimiento del propietario, ya que con ellos garantiza el pago anual que debe efectuar. Por otro lado, cuando el propietario vendía el terreno, éste era transferido con todo y lo que en él hubiese, incluyendo los colonos que allí habitaban.

La condición del colono era hereditaria y sólo podía finalizar mediante una autorización del propio terrateniente y bien por una orden superior.

Desde el punto de vista fiscal la institución resultaba ventajosa para el Estado, ya que los impuestos eran cobrados a los colonos en lugar de ser exigidos al propietario. Debido a que aquéllos permanecían inseparablemente unidos a la tierra, el Estado se aseguraba el cobro de los impuestos pertinentes.

Origen.- El colonato existió, ya en tiempos remotos, en **Egipto**, en **Asia Menor** y en **Cartago**, donde representa la forma primitiva de la vida agraria y constituye el medio de atender a la roturación de grandes extensiones de terreno, de allí pasó a la península itálica.

Se debe a los disturbios ocurridos en Roma, en tiempos del Bajo Imperio, antes los cuales los pequeños propietarios, temerosos de perder sus tierras y con ellos su medio de vida, hacen abandono de sus campos a los señores ricos. Los cuales, en pago de su trabajo, debían retribuirle en dinero o en especie.

Extinción.- En principio por norma general *el colonato es a perpetuidad* y, según se ha visto ni la muerte del colono extingue esta situación, la cual pasa a los herederos. Únicamente obtenía su liberación en caso que el patrono la concediese expresamente.

AUCTORATUS

Llámase ***auctoratus*** al hombre libre que arrienda sus servicios como gladiador a un empresario -***lanista***-, obligándose bajo juramento a dejarse quemar, sujetar y morir con el hierro -***uri vinciri ferroque necari***-. Es libre y ciudadano, pero su sometimiento al poder del empresario entraña una situación de cuasi esclavitud. El que lo sustrae del empresario comete hurto, igual que si se tratara de apoderarse de cosa ajena[276].

REDEMPTUS AB HOSTIBUS

Redemptus *es el ciudadano rescatado por un tercero de la esclavitud, mediante una cantidad de dinero*. Considerase esclavo del liberador -***redemptor***-, y sólo

[276] IGLESIAS, Juan, op. cit. pg. 126 y 127.

recupera su antiguo *status*, esto es, su libertad, pagando a éste lo que dio por su rescate. Sin embargo, una constitución de **Arcadio** y **Honorio** señaló como tiempo máximo de sujeción el de cinco años, entendiendo que los servicios prestados durante tal tiempo valían como compensación de la suma satisfecha por el ***redemptor***. Según **Justiniano**, el redimido se encuentra vinculado, en concepto de prenda -***vinculum pignoris***-, al liberador, hasta el pago del rescate[277].

ADDICTI

Se llama ***addicti*** en un régimen de derecho primitivo a los individuos que, no habiendo satisfecho la prestación debida al acreedor, son objeto de procedimiento de ejecución en la propia persona -***en el corpus***-, autorizándose por el magistrado su aprehensión -***manus iniectio***. *El acreedor tiene al deudor en prisión privada, durante sesenta días, al cabo de los cuales puede venderlo o matarlo si no cumple con el pago de la obligación.*

Parecida es la situación del ***nexi***, esto es, de los deudores -o de otras personas por ellos- que se dan en prenda al acreedor, garantizando con su persona el pago de la deuda. ***Ni el addictus ni el nexus es esclavo***, porque no se concibe que ***un civis*** sea tal dentro de Roma, pero su libertad resulta disminuida por la atadura o sujeción de su persona a la disposición del acreedor[278].

HOMO LIBER BONA FIDE SERVIENS

Bona fide serniens es el hombre que, no obstante ser libre, sirve de buena fe como esclavo. Todos los actos que lleve a cabo estando en esta situación se rigen por las normas propias del ***servitus***. Así, pues, lo que adquiere con su trabajo -***ex operis***-, o con el patrimonio del supuesto ***dominus -ex re cui servit***- revierte a éste.

12. STATUS CIVITATIS

Otro de los estados integrantes del ***caput*** o de la personalidad de un individuo en Roma, fue el ***Status Civitatis***. Únicamente los que gozaban de la ciudadanía romana eran capaces de derecho en la esfera tanto del ***ius publicum***, como del ***ius privatum***, porque el ordenamiento jurídico romano sólo amparaba a los miembros de la ***civitas***. En relación con el ***status civitatis***, las personas se dividían en dos clases perfectamente diferenciadas: *ciudadanos y extranjeros* (***peregrini***). Entre ambos grupos se encontraba una *clase intermedia, la de los latinos* (***latini***).

---

[277] IGLESIAS, Juan, op. cit. pg. 127.

[278] IGLESIAS, Juan, op. cit. pg. 127.

13. CIUDADANOS, PEREGRINOS Y LATINOS

El **ciudadano romano** gozaba de todas las prerrogativas establecidas en las distintas leyes del **derecho civil**, tanto en el orden privado como en el público. En lo concerniente al **derecho privado** gozaba del ***conubium*** y del ***commercium***.

El primero se refiere a la facultad de contraer matrimonio civilmente, de realizar las ***iustae nuptiae***. Como consecuencia de este acto se tenía, además, la posibilidad de ejercer la patria potestad sobre los hijos nacidos dentro del matrimonio y de que éstos siguiesen la condición del paterfamilias.

El ***commercium*** consistía en el derecho de adquirir y transmitir la propiedad. Concedía, asimismo, al ciudadano el derecho de transmitir su patrimonio por sucesión testamentaria, así como el de ser heredero y realizar cualquier otro negocio jurídico.

En lo referente al **orden público**, el ciudadano romano gozaba de los siguientes derechos:

Ius suffragii o derecho de votar en los comicios.

Ius honorum o derecho de desempeñar cualquier función pública o religiosa.

Por otro lado dicho ciudadano *gozaba del derecho de impugnar la pena capital*, como consecuencia de una sentencia dictada por un magistrado, si ésta no había sido confirmada por los comicios -***provocatio ad populum***-.

Los no ciudadanos o extranjeros a los que también se daba el nombre de *peregrinos* estaban privados de todas las ventajas del derecho civil romano y sólo gozaban de las concedidas por el ***ius gentium***.

Dentro de ese grupo de no ciudadanos debemos distinguir a los ***extranjeros*** o ***peregrini*** y a los ***latini***.

Los ***peregrini*** son habitantes de países que han celebrado tratado de alianza con Roma o que habiendo sido sometidos a ella se convirtieron posteriormente en provincias romanas.

Los ***latini eran peregrini*** con un trato más ventajoso que los propiamente extranjeros en algunos aspectos se asimilaban a los ciudadanos. Podían ser de tres clases:

Latini veteres

Latini coloniarii.

Latini iuniani.

Los ***latini veteres***, eran los antiguos habitantes del **Lacio** y de las más antiguas colonias confederadas de **Roma**. *Esta calidad con posterioridad se amplió a todos los pobladores de Italia*, a los que Roma reconoció como latinos aproximadamente en el año 267 a.C.

Estos ***latini*** disfrutaban de una situación semejante a la de los ciudadanos romanos: Gozaban tanto del ***conubium*** como del ***commercium*** así como el ***ius suffragii*** en caso e encontrarse en **Roma** en el momento de la votación.

Latini coloniarii. Para afianzar sus dominios, los romanos adoptaron la política de crear colonias en los territorios conquistados, cuyos habitantes, los ***latini coloniarii***, no tenían ningún derecho político ni gozaban del ***ius connubii***. *Con el tiempo esta clase de latinos fue equiparándose cada vez más a los ciudadanos romanos hasta que las diferencias desaparecieron por completo.*

Latini iuniani. *Son aquellos libertos manumitidos de forma no solemne* y a quienes por disposición de una ley -***Lex Iunia Norbona***-, que data de los primeros años del Imperio se les equipara con los ***latini coloniarii***. *Estos libertos podían convertirse en ciudadanos romanos con relativa facilidad.*

Finalmente JUSTINIANO en su pretensión de borrar las diferencias existentes entre el derecho civil y el derecho de gentes, *elimina estas diferencias de la latinidad así como la categoría de manumitidos dediticios*. Tal situación no implica que este emperador implantase el principio de igualdad, al reconocerles idéntica capacidad jurídica a todos los hombres. En el ***Corpus Iuris***, se sigue hablando de extranjeros, personas que no pertenecen al imperio y que sólo gozan de la capacidad jurídica reconocida por el ***ius gentium***, es más el ciudadano romano puede verse privado de esa calidad a consecuencia de una sentencia y reducidos sus derechos de ciudadanía, a los que concede únicamente el derecho de gentes.

14. ADQUISICIÓNDE LA CIUDADANÍA

En Roma se era ciudadano por nacimiento, por liberación de la esclavitud o ***por concesión de la autoridad***. Eran ciudadanos por nacimiento los hijos concebidos por padres ciudadanos unidos en *legítimo matrimonio* (***iustae nuptiae***) y también el hijo nacido de madre ciudadana aunque ésta hubiera alcanzado la ciudadanía después de la concepción. *Las manumisiones solemnes en el derecho civil y cualquier forma de manumitir en el derecho justinianeo, hacían del esclavo un hombre libre y ciudadano.* Por concesión de la autoridad llegaron a ser ***cives romani*** los extranjeros a quienes por razones especiales -premios por servicios de orden militar o social- el comicio en época de la República o el Emperador después, habían otorgado este favor de carácter excepcional.

La ciudadanía por concesión de la autoridad podía beneficiar a una persona determinada o a un grupo de personas y también a todos los habitantes de una ciudad o región. Por estas concesiones colectivas todos los pobladores de **Italia** adquirieron la ciudadanía romana a fines de la República y durante los primeros años del Principado muchas comunidades de fuera de ella. Finalmente *ANTONINO CARACALLA*, en el año 212 por la célebre ***Constitutio Antoniniana*, concedió la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio a excepción de los *dediticios*** (los ***dediticios*** = *manumitidos que durante su esclavitud habían sido castigados o sufrido una pena infamante*).

El ***status civitatis***, o sea la condición para adquirir la capacidad jurídica, comprendía las formas siguientes:

Jus commercii; Jus connubium *o* ***connubii; Jus sufragii; Jus honorum; Provocatio al populum, Jus gentilitatis*** *(facultad de formar una gens)*, ***Jus nomen.***

JUS NOMEN (DERECHO AL NOMBRE)

En Roma toda persona tenía derecho a utilizar jurídicamente un nombre a efectos de determinar quién era y para indicar de donde provenía. Con el objeto de distinguir si se trata de ingenuos o libertinos, debemos diferenciar los elementos y las formas utilizadas en el nombre de los ciudadanos.

Por lo que concierne a los ***ingenuos***, el nombre del ciudadano **a fines de la República y a principios del Imperio** estaba compuesto por *tres elementos*, razón por la cual se le denominaba ***tria nomina*** –que eran los siguientes:

El ***prænomen***, ***nombre propio***, que siempre se colocaba el primero, denotaba al individuo, y se escribía comúnmente *con sola la inicial*, como A. por *Augustus*; C. por *Cajus*; D. por *Decimus*; K. por *Kœso*; L. por *Lutius*; P. por *Publius*; Q. por *Quintus*; y *algunas veces con dos*, como Ap., *Apius*; Sp, *Spurius*; y *otras con tres*, como Mam., *Mamereus*; Ser. Por *Servius*; Sex. Por *Sextus*.

El ***nomen***, ***apellido***, se escribía después del ***prænomen***, y servía para expresar el linaje (*gens*), y se terminaba en ***ius***, como: *Cornelius*, *Fabius*, *Tullius*, *Julius*, *Octavius*.

El ***cognomen***, *sobrenombre*, se colocaba al último, y servía para manifestar la familia, y el ***agnomen*** **sobrenombre o apodo** como Cicero que puede confundirse con el, ***cognomen***, que por lo general aludía a un rasgo personal. Otras veces el ***agnomen*** *servía para recordar alguna acción ilustre o un acontecimiento notable*; y así la conquista de **Cartago** y de **África** hizo dar el título de ***Africano*** a **Escipion**, y su hermano **Lucio Cornelio Escipion** tuvo el de ***Asiatico***, por igual causa.

De modo que en ***Publio Cornelio Scipion***, ***Publio*** es el *prænomen*, ***Cornelio*** el *nomen* y ***Scipion*** el *cognomen* (el apellido); y en ***Marcus Tulluis Cicero***, ***Marcus*** es el *prænomen*, ***Tullius*** el *nomen* y ***Cicero*** el *agnomen* (en este caso sobrenombre o apodo) que proviene de ***cicero*** (garbanzo) por una verruga que **Cicerón** tenía en la cara.

Parece que los romanos no tuvieron en su principio más que el nombre propio, como **Romulus**, **Remus**, o dos, como **Numa Pompilius**, **Tullus Hostilius**, **Ancus Martius**, **Tarquinus Priscus**, **Servius Tullius**, **Sextus Tarquinus**; pero cuando se dividieron en tribus, razas y familias (*in gentes et familias*), acostumbraban tener tres, como **L. Junius Brutus**, **M. Valerius Publicola**.

A los **niños** a los nueve días de haber nacido, se les ponía por lo común el nombre (***prænomen***). Este día se llamaba día de la purificación, ***lustricus diez***, y se observaban por esto ciertas circunstancias religiosas. Al hijo primogénito se le ponía por lo común el nombre (***prænomen***) del padre, y a los demás el de los tíos o el de otro pariente.

Cuando en una familia había sólo **una hija**, se le daba regularmente por nombre el apellido de la familia (*Gens*); y así **Tulia**, la hija de **Cicerón**; **Julia**, la de **César**; **Octavia**, la hermana de **Augusto**; y le conservaba aún después de casada; **si había dos hijas**, se le distinguía la una con el nombre de ***mayor***, y la otra con el de ***menor***; v. gr. , ***Cornelia major***, ***Cornelia minor***. *Cuando eran más, se distinguía por la edad*, y las llamaban, ***prima***, ***secunda***, ***tercia***, ***quarta***, ***quinta***; o para dar a estos nombres un *sonido más dulce*, ***tertula***, ***quartilla***, ***quintilla***[279].

*Por lo que toca a los **libertinos**, éstos llevaban el nombre y el gentilicio de su antiguo dueño, a continuación del cual se indicaba su calidad de libertino y finalmente su nombre propio que sería el equivalente al apellido*. Así, por ejemplo, el esclavo ***Hermes***, al convertirse en libertino del ingenuo de nuestro ejemplo, sería: ***Marcus Tullius Marci libertus Hermes***, o simplemente, ***Marcus Tullius M. L. Hermes***. Otro ejemplo: ***Marco Tulio Libertus*** y *cuando era esclavo*: ***Marco Tulio servus.***

Nombre de los Esclavos.- Antiguamente se les indicaba con un solo nombre. ***Mancipor***, ***Lucipor***, sin otra especificación. Cuando por su número quieren individualizarse, deducen su nombre propio de sus amos (***prænomen***), y así ***Marciipores***, ***Lucipores***, ***Publipores***, ***Quasi***, ***Martii***, ***Lucii***, ***Publii pueri***. Después toman diferentes nombres, unas veces de su país, otras de ciertas circunstancias, como ***Sirus***, ***Dabus***, ***Parmeno***, como se ve en los *escritores cómicos*, i Tiro, Lau-

[279] ADAM, Alejandro; ***Antigüedades Romanas***; Tomo I, op. cit. pg. 77 a 81.

rea, Dionisius en Cicerón; pero en los *autores clásicos* los esclavos se distinguían siempre por sus destinos; y así los llaman: ***Medici, Chirurgi, Gramatici, Escribæ, Fabri, Coqui***[280].

Persistiendo el uso de un nombre particular antes del de su amo, resulta: ***Hermodorus Tullii Marci servus*** o ***Hermodorus M. Tullii Ciceronis servus***; su nombre de liberto pasa a ser: ***Marcus Tullius, Marcii Libertus, Hermodorus*** o ***M. Tullius, M .L. Hermodorus.***

15. STATUS FAMILIAE

Para tener una personalidad completa, ***caput, a los estados de libertad y de ciudadanía,*** se agregaba, el ***status familiae***, que era la situación en que se encontraba un hombre libre y ciudadano con relación a una determinada familia. La distinta posición que en ellas se podía ocupar influían sobre la personalidad o capacidad jurídica, en el sentido de acrecentarla o disminuirla, ya que era plena cuando el hombre era libre, ciudadano y ***sui iuris*** y se encontraba reducida si era un ***alieni iuris.***

Las personas de acuerdo al ***status familiae*** se distinguían en ***sui iuris***, según que estuvieran libres de cualquier potestad o sujeción a otra persona, y ***alieni iuris*** cuando se hallaban bajo la potestad de otra persona.

16. "SUI IURIS" Y "ALIENI IURIS"

Era ***sui iuris*** el sujeto autónomo respecto de cualquier potestad familiar, el ciudadano que no tuviese ascendientes legítimos masculinos vivos o que hubiera sido liberado de la potestad paterna mediante un acto jurídico familiar llamado **emancipación** (***emancipatio***). ***El hombre sui iuris era denominado paterfamilias***, independientemente de que tuviera o no hijos, o que fuera o no mayor de edad.

La persona sometida al poder familiar, cualquiera que fuera su edad o su sexo, era ***alieni iuris***, comprendiéndose entre ellas al ***filiifamilias***, descendiente legítimo o adoptivo de un ***paterfamilias*** viviente; ***a la mujer sujeta a la manus*** de su propio marido o a la del *pater* bajo cuya potestad éste se encontrara, y la persona ***in causa mancipi***, que era el ***hombre libre dado en noxa por los delitos que hubiera cometido*** o en garantía de las obligaciones del paterfamilias de quien dependía.

[280] **ADAM**, Alejandro; ***Antigüedades Romanas***; Tomo I, op. cit. pg. 95.

La condición jurídica era distinta. Los ***sui iuris*** gozaban de plana capacidad jurídica, era la persona ***optimo iure***, tenía el goce completo de todos los derechos públicos y privados.

El ciudadano sui iuris, podía ser titular de las cuatro potestades clásicas que conoció la legislación romana:

La patria potestas o poder del ***paterfamilias*** sobre sus hijos y sobre todas las personas agregadas al grupo familiar por adopción o adrogación.

La dominica potestas, poder o dominio sobre los esclavos.

La manus maritalis o potestad que tenía sobre la esposa, y

El mancipium, que era la potestad que se *ejercía sobre un hombre libre entregado en* ***noxa*** por los delitos que hubiera cometido o para garantizar el pago de las obligaciones del paterfamilias bajo cuya potestad se hallara.

El ***filiifamilias*** se encontraba en Roma en situación distinta del ***pater***, no en el goce de los derechos públicos, en los que había equivalencia, sino en lo relativo a los derechos privados, ya que los ***alieni iuris*** tenían una capacidad restringida en atención a la situación de dependencia en que se encontraban del *pater*. Así, los ***filii*** no podían contraer matrimonio sin la autorización del jefe de familia y *en lo referente a su capacidad patrimonial*, su situación era muy parecida a la de los esclavos, pues lo que adquirían se incorporaba al patrimonio del *pater*, de quien eran meros instrumentos de adquisición, no teniendo tampoco la *capacidad patrimonial pasiva*, esto es, aptitud legal para obligarse válidamente. *Esta incapacidad patrimonial fue modificándose paulatinamente, especialmente a partir del otorgamiento de* ***los peculios***, que en cierto punto alguno de ellos vinieron a significar un patrimonio con todos sus atributos.

Capítulo II
PERSONAS JURÍDICAS

1. ASPECTOS GENERALES

La jurisprudencia romana es ajena a la noción de que las corporaciones sean "*personas jurídicas*" o "*morales*" o de que tengan "*personalidad jurídica*", como si por sobre la corporación de individuos de que se trata, y además de ella, existiera otro ente, que constituyera propiamente una persona.

Al parecer, que el jurista alemán ARNOLD HEISE (1778-1851) quien acuñó la expresión "***Persona Jurídica***" (***Juristische Person***) para designar a aquellos entes que el ordenamiento jurídico reconoce como "*sujetos de derecho*" junto al ser humano individual.

La expresión "***persona moral***", en cambio proviene de SAMUEL PUFENDORF, pero con ella él designa a los seres humanos y a las corporaciones, ambos como especie de la categoría más general de los ***entia moralia*** en oposición a las ***entia physica;*** *a las corporaciones* PUFENDORF las denomina ***"personas compuestas"*** (***compositae personae***), frente a las ***personae simplices*** la expresión "***persona moral***", *en el sentido de* "***persona jurídica***" *fue empleada por primera vez en la legislación al parecer por el* **Código Civil Austriaco de 1811** (***Moralische Person***).

Pero el concepto tuvo sus orígenes en la época medieval. La primera formulación se debe al canonista SINIBALDO DEI FIESCHI, *quien consideró que un Colegio (corporación) "sea fingido como una persona"* (***cum collegium...fingatur una persona***)[281].

Personas jurídicas son entidades abstractas e incorporales, a las que el Derecho Romano les reconoció el carácter de personas. San los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones que *no son personas de existencia o corporal*

---

[281] GUZMÁN BRITO, Alejandro; *Derecho Romano*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pg. 419.

y a las que los comentaristas han llamado ***personas jurídicas, ficticias*** o ***morales***. *La doctrina de las personas jurídicas no es creación del Derecho Romano,* sino de intérpretes posteriores, que aplicaron para ello principios generales suministrados por el derecho clásico.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

2.1. ESTADO

Colectividad política que representaba el conjunto de ciudadanos y cuyos representantes necesarios son los gobernantes (***los cónsules bajo la República, el emperador en el Imperio***, etc.)

El Estado romano *jurídicamente es la totalidad de los ciudadanos.* Ya lo indica su nombre ***populus romanus*** también ***civitas*** y ***res publica*** derivadas de ***populus***. En la República y a comienzos del Principado.

Todo el patrimonio del Estado es bien público. Los negocios jurídicos celebrados por el particular con el Estado no están sometidos al derecho privado. Las cuestiones surgidas entre el Estado y el particular son decididas autoritariamente por el Magistrado como órgano estatal y sólo excepcionalmente en un proceso ordinario, como el proceso civil.

Hasta los primeros tiempos del Imperio -**Principado**-, se distinguían el "***fiscus***" o *tesoro imperial de propiedad del emperador* del ***aerarium***[282] o *tesoro público*, más adelante **a fines del Principado** ambos se confunden, designándose con el nombre de ***fiscus*** *al tesoro del Estado, reservándose para los bienes propios del emperador el de* ***res privata***. En la **Monarquía** absoluta *el fisco lo mismo que el patrimonio privado del emperador son regulados en parte por el derecho privado.*

Puede adquirir por legado, herencia o donación; intervenía en compras y ventas; daba cosas en arrendamiento, etc. Goza asimismo de un poder del que carecen las demás corporaciones.

2.2. MUNICIPIOS

Son organismos creados para el mejor gobierno de las ciudades conquistadas por Roma, y que eran anexadas a sus dominios. Los municipios se rigen en la esfera patrimonial como personas de derecho privado.

Podemos decir que con ellos aflora propiamente el concepto de ***persona jurídica***.

Las ciudades conquistadas gozaron de autonomía en la esfera del derecho privado, pero en el orden público se hallaban sometidas al Estado.

---

[282] La palabra ***aerarium*** deriva de *aes* = "cobre" porque de este metal se componían las primeras monedas.

Los diversos municipios poseen:

a. ***Patrimonio propio***, para afrontar sus necesidades;

b. ***Propios estatutos***, que rigen su vida y actividades;

c. ***Representantes legales***, que eran las personas encargadas del gobierno y administración de las ciudades.

Su capacidad jurídica era similar a las corporaciones.

2.3. CORPORACIONES

Las típicas personas jurídicas del grupo de ***universitas personarum*** -conjunto de personas-, fueron las corporaciones o asociaciones privadas, para las cuales se usaban muchas designaciones: ***collegia, sodalites*** o ***corporaciones, sodalicia, societas***, y a cuyos miembros se les llamaba ***sodales*** o ***socii***.

Sodalites- Cuerpos religiosos para el culto de divinidades extranjeras.

Asociación- Es la colectividad de personas unidas entre sí (en unidad orgánica) para la consecución de un fin y a la que la ley reconoce como sujeto de derecho según JUAN IGLESIAS.

La asociación con capacidad jurídica es un sujeto de derecho distinto de sus miembros. Puede tener propiedad, otros derechos patrimoniales. Los miembros de la asociación no son titulares inmediatos del patrimonio de ésta. ***La asociación provista de capacidad jurídica es, por ello, una persona jurídica.***

Lo típico de la corporación es el agrupamiento de personas físicas que forman un cuerpo social unificado.

Era requisito fundamental para la existencia de una **asociación o corporación** que estuviera integrada por *tres personas como mínimo* y *que tuviera la intención de constituir una unidad orgánica tendiente a un fin lícito*, que podía ser religioso, profesional o gremial, lucrativo, etc. Cada ente debía tener un *estatuto*[283], *órganos directivos*, sus representantes (***syndici***), *una caja común* o *patrimonio independiente de sus componentes* y *autorización estatal*. A partir de la ***Lex Iulia de Collegiis*** de la época de **César**, o más probablemente de **Augusto**, se habría impuesto la exigencia de la previa *autorización estatal*, que podía emanar del Senado o del Emperador.

El Derecho Romano no contiene disposiciones expresas que regulen lo atinente a la capacidad de las asociaciones, pero es evidente que desde el período clásico se va afirmando el elemento más caracterizado de la personalidad jurídica de la

[283] ***Lex collegii***.- Estos estatutos regulan lo concerniente al ingreso y separación de los socios, sus derechos y deberes y lo relativo a los órganos.

corporación como ente distinto de sus miembros, esto es, que los derechos y obligaciones se referían al ente, no a sus integrantes individualmente considerados.

Como ejemplo de corporaciones podemos citar:

Colegios sacerdotales.

Corporaciones de publicanos (para la recaudación de las contribuciones fiscales)

Gremios de oficios.

Gremios de empleados asalariados.

Asociaciones religiosas.

Asociaciones de beneficencia (fundaciones).

Las corporaciones se componían de (organización).

Ordo collegii = Directores y administradores.

Plebe Collegii = Miembros asociados.

Syndici = Representante legal.

Arca communis = Caja común.

Las Civitatis (*asociaciones*), pueden ser sujeto de toda suerte de relaciones patrimoniales, derechos de propiedad, usufructo, prenda, obligación, etc. Pueden manumitir los propios esclavos, adquiriendo sobre ellos el patronato y por razón de éste el derecho de sucederles ***ab intestato***.

Una constitución de León del 469 presupone la plena capacidad de las ciudades para toda suerte de adquisiciones ***mortis causa***.

En lo que concierne a la *extinción de la personalidad jurídica de las asociaciones*, podía producirse por las causas siguientes: por la desaparición de todos los socios; por acuerdo voluntario de ellos; por la consecución del fin que había sido motivo de su creación y por la decisión de la autoridad estatal.

Collegia.- Las corporaciones de personas formadas con finalidad religiosa o cultural, funeraticia, profesional o de asistencia mutua, reciben el nombre de ***collegia***, ***sodalites*** o ***sodalicia***. Otras finalidades como la solidaridad, la política, la beneficencia pública o el cultivo de deportes, etc., al parecer no existieron.

La **Ley de las XII Tablas** reconocía la facultad de formar corporaciones privadas, confiriéndoles el poder de darse libremente sus reglamentos, con la limitación de no trasgredir las ***leges publicae***.

Los esclavos pueden pertenecer a los ***collegia tenuiorum***, con autorización de sus amos. Pero a nadie se permite pertenecer a más de una corporación, al

menos desde los *divi fratres*; la pertenencia a *illicita collegia* está sancionada con las penas del delito de ocupación de lugares públicos con fuerza de hombres armados prevista por la **lex Iulia de maiestate**. Diversas normas ordenaron la disolución de los colegios ilícitos.

La organización del colegio y las relaciones internas entre sus miembros son reguladas por la **lex collegii**[284], la cual sus fundadores dan libremente y que vincula a los nuevos miembros[285].

2.4. FUNDACIONES

Aunque la palabra "***fundatio***"[286] es medieval, podemos usarla por comodidad para discernir la pertinente realidad en el derecho romano antiguo.

La estructura esencial de esto que llamaremos fundación consiste en una liberalidad entre vivos, propiamente en una donación, pero más frecuentemente por causa de muerte, bajo la forma de legados y en especial de fideicomisos, con un modo añadido, en el cual va deducida la finalidad permanente y no comercial, a que el constituyente quiere que sean aplicados el capital y los frutos de su liberalidad. El beneficiario normal de ésta puede ser un particular; pero más ordinariamente una corporación pública, como las ***civitates***, o privada, como las ***collegia***, a quienes, pues, queda encargado el cumplimiento de la finalidad[287].

Las típicas personas jurídicas de la categoría ***universitas rerum*** *-conjunto de cosas-,* **fueron las fundaciones**. *Comienzan a aparecer en el derecho imperial como entes que personifican un patrimonio destinado al cumplimiento de la finalidad perseguida por el instituyente.* Generalmente adoptan forma de instituciones de beneficencia y de culto promovidas por el Cristianismo para una *causa pía* y de ahí que frecuentemente se confiera el patrimonio a una iglesia para la creación de asilos, hospitales, orfelinatos, etc. Lo típico de la fundación es la ordenación de

---

[284] **Lex Collegii**, nombre que reciben los estatutos de una persona social; teniendo carácter de ley privada para sus miembros.

[285] GUZMÁN BRITO, Alejandro; Derecho Privado Romano, Tomo I, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, Santiago, 1996, pg. 425 y 426.

[286] El verbo *fundare* (de donde "*fundatio*") viene de fundus = "la tierra", en oposición a los *aedes*, y significa "*asentar, echar las bases*" (en un fundo). Como en la **Edad Media** *es usual que las fundaciones consistan en aportar dinero o bienes para levantar un edificio*, muchas veces un monasterio, esto es para iniciar sus fundamentos o fundaciones, la palabra "*fundatio*" terminó por pasar de ese original significado arquitectónico a uno jurídico, en el doble sentido del acto de aportar (fundar) y de lo aportado (lo fundado).

[287] GUZMÁN BRITO, Alejandro; *Derecho Privado Romano*, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, Santiago, 1996, pg. 754 y 755.

un conjunto de cosas hacia un fin determinado, o si se quiere, la destinación de un patrimonio[288].

La capacidad jurídica de las fundaciones, el reconocimiento de su propia personalidad, se abrió paso en el **Derecho Justinianeo**, en el que se llegó a establecer que los patrimonios fundacionales tenían aptitud legal para recibir por testamento, cobrar créditos, entablar acciones judiciales, realizar permutas, celebrar locaciones enfitéuticas, etc.[289].

Según JUSTINIANO las fundaciones tienen facultades de heredar, reclamar créditos, entablar acciones, contraer permutas y locaciones enfitéuticas, son los pilares en los que se acepta la concepción moderna de la fundación, independiente en el sentido jurídico.

En los siglos V y VI las ***piae causae*** son patrimonios, especialmente destinadas, para acoger y cuidar a personas piadosas y necesitadas de amparo (*hospicios, claustros, hospitales, asilos de niños y ancianos*, etc.). Pertenecen al patrimonio de la iglesia o del fundador, pero también las hay autónomas y con administración independiente. Son semejantes a los "patrimonios para determinados fines" con capacidad jurídica independiente.

2.5. LA HERENCIA YACENTE («*HEREDITAS IACEN*»)

Herencia yacente*, nombre que se da al patrimonio hereditario desde el fallecimiento del causante hasta que es aceptada la herencia por el heredero voluntario.* El Derecho Romano reputa esta universalidad de bienes como una persona jurídica, al igual que el municipio, la decuria, la sociedad.

Como el período que mediaba entre la muerte del causante y la aceptación de la herencia de los bienes hereditarios se consideraba sin dueño (***res nullius***), el derecho, por una ficción reconoció que aquel patrimonio, en su unidad orgánica, era susceptible de aumentos y disminuciones en representación del autor de la sucesión. En el derecho justinianeo se avanza en el concepto y se reconoce a la *herencia yacente* el carácter de persona y la titularidad de los bienes que integran el haber hereditario.

---

[288] DE ECHEVERRÍA, Lamberto; Nuevo Derecho Canónico, Manual Universitario, Biblioteca de Autores Cristianos.

[289] ENFITEUSIS.-Era un derecho real consistente en que una persona se servía de una propiedad ajena como si fuera propia y disponía de la sustancia de la cosa, sin deteriorarla y con la condición de cultivarla, mejorarla y pagar todos los años o, determinados períodos, un canon fijo.

Tercera Parte
DERECHO DE FAMILIA

Capítulo I
FAMILIA, PARENTESCO Y PATRIA POTESTAD

1. GENERALIDADES SOBRE LA FAMILIA

La familia es la célula social por excelencia. Debido al papel fundamental que juega la familia como elemento natural de la sociedad, ha hecho comprender a los juristas modernos que existe un derecho de familia que ocupa una posición propia dentro de la órbita del derecho privado, porque las normas de que resulta son imperativas y coactivas.

Con los glosadores comenzó a delinearse el derecho de familia como un conjunto normativo y autónomo, que según SAVIGNY, "*regula la institución familia, cuyas partes constitutivas son el parentesco, la patria potestad y el matrimonio*".

Concepto Moderno de Familia.- ***En sentido estricto****, es el conjunto de dos o más individuos ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad que constituye un todo unitario.* ***En sentido amplio*** pueden incluirse en el término familia *personas difuntas o por nacer*: familia como estirpe, descendencia, continuidad de sangre; también las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita al vínculo de parentesco de sangre (adopción): familia civil.

Lo característico de la familia típicamente romana -***familia propio iure***- fue el sometimiento de todos los miembros a una sola autoridad -***manus, potestas***- de un jefe -***paterfamilias***- señor o soberano del grupo y no "padre de familia". ***Paterfamilias*** significaba cabeza libre, esto es, persona no sometida a potestad alguna, o como decían las fuentes, "el que tiene dominio en la casa" (***qui in domo dominium habet***). El vocablo paterfamilias no aludía a la idea de generación, ni se refería a alguien que tuviera descendencia biológica; indicaba una situación de independencia jurídica (***sui iuris***), una ausencia de sumisión a potestad. No coincidía, con padre de familia, ya que podía no haber procreado y ser, inclusive, impúber, mientras no estuviera sujeto a una potestad. A los miembros de la fa-

milia colocados bajo el poder o potestad del jefe se los llamaba ***filiifamilias***, sólo que ***filius*** no significa procreado, ni equivalía exactamente a nuestra palabra ***hijo***.

La familia romana o ***domus*** comprende, pues, al ***paterfamilias***, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y ***la mujer in manu***, que está en una condición análoga a la de una hija (***loco filiae***).

La constitución de la familia romana así entendida está caracterizada por el rasgo dominante del **régimen patriarcal**: *la soberanía del padre o del abuelo paterno*. Dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, el jefe de familia arregla a su manera la composición: puede excluir a los descendientes por la emancipación; puede también por la adopción, hacer ingresar algún extranjero. Su poder se extiende hasta las cosas: todas las adquisiciones y las de sus miembros de familia se concentran en el patrimonio único, sobre el cual ejerce él solo durante toda su vida los derechos de propietario. En fin; el ***paterfamilias*** cumple como sacerdote de los dioses domésticos, las ***sacra privata***, las ceremonias del culto privado, que tienen por objeto asegurar la familia la protección de los ascendientes difuntos.

Esta organización, que tiene por base la preeminencia del padre, y donde la madre no juega ningún papel, es del tiempo del origen de Roma, habiendo quedado intacta durante varios siglos. Se modificó muy lentamente, sobre todo en el Bajo Imperio, donde la autoridad del jefe llegó a ser menos absoluta.

2. EL PARENTESCO.- CLASES

EL PARENTESCO

El parentesco es el género de relación permanente entre dos o más personas, que pueden tener como lazo aglutinante la sangre, el origen o un acto reconocido por la ley; son los lazos que unían a los miembros de una familia que podían ser de carácter civil o natural.

En Roma existió un parentesco civil o agnación y uno natural o cognación.

a. AGNACIÓN

Se llama agnación (***adgnatio***) al parentesco civil reconocido por el Derecho Romano que unía a todas las personas que estaban sometidas a la patria potestad (***patria potestas***) o potestad marital (***manus***) de un jefe o paterfamilias común. Ello hacía que la sumisión a la potestad del jefe fuera su signo distintivo. El vínculo que mantenía esta comunidad estaba representado por los descendientes legítimos por línea de varones, porque la agnación quedaba suspendida por el lado de la mujer, que era "cabeza y fin de su propia familia". *La mujer fue en la familia romana la genuina representante del parentesco por cognación.*

Integraban la familia en calidad de **agnados** todas aquellas personas sometidas a la patria potestad o ***manus*** entre ellas y con relación al jefe, que podía ser el padre o el abuelo. Por tanto, se constituía entre el *pater* y la mujer casada ***cum manu*** que ocupaba en la familia el lugar de hija (***loco filiae***) y los hijos de ellos, tanto varones como mujeres. Los descendientes varones de éstos, es decir, los nietos, eran también agnados entre sí y con el padre y el abuelo paterno, aunque hubieran fallecido estos dos últimos, porque tal hecho no destruía el vínculo agnaticio. Eran igualmente agnadas las mujeres de estos nietos si hubieran contraído matrimonio ***cum manu***.

Forman también parte de los parientes por agnación los extraños que el *pater* incorpora al grupo, ya que *por adopción*, se trataban de un ***alieni iuris***, ya *por adrogación*, cuando revestían la calidad de ***sui iuris***. Los hijos nacidos fuera del matrimonio quedaron excluidos originariamente de toda parentela, a no ser que se los adoptara, único recurso para reincorporarlos a la familia, hasta que apareció el instituto de la *legitimación*, que tenía el efecto de dar carácter de legítimo al hijo natural.

b. COGNACIÓN

El parentesco *fundado por el vínculo de sangre* que unía a las personas que descendían unas de otras o de un autor común, que tanto podía darse en la línea masculina como en la femenina, se denominaba en Roma *cognación* (***cognatio*** *o* ***cognatio naturalis***).

Puede ser:

a) En Línea Recta o Perpendicular.

El parentesco natural en **línea recta** es aquel en que *las personas descienden unas de otras*. La línea recta puede ser *ascendente*, si se eleva del tronco hacia las generaciones que le han precedido (abuelo, bisabuelo, etc.) y *descendente* si baja hacia las personas por él procreadas y la progenie de éstas (hijos, nietos, etc.).

b) En Línea colateral o Transversa.

El parentesco natural en **línea colateral** es el constituido por las personas que no descienden unas de otras, sino de un *autor* o *tronco común*, como ocurre con los hermanos y los primos entre sí, y los tíos y sobrinos.

Cómputo.

El parentesco se cuenta por *grados*, cada uno de los cuales corresponde a una generación, y así:

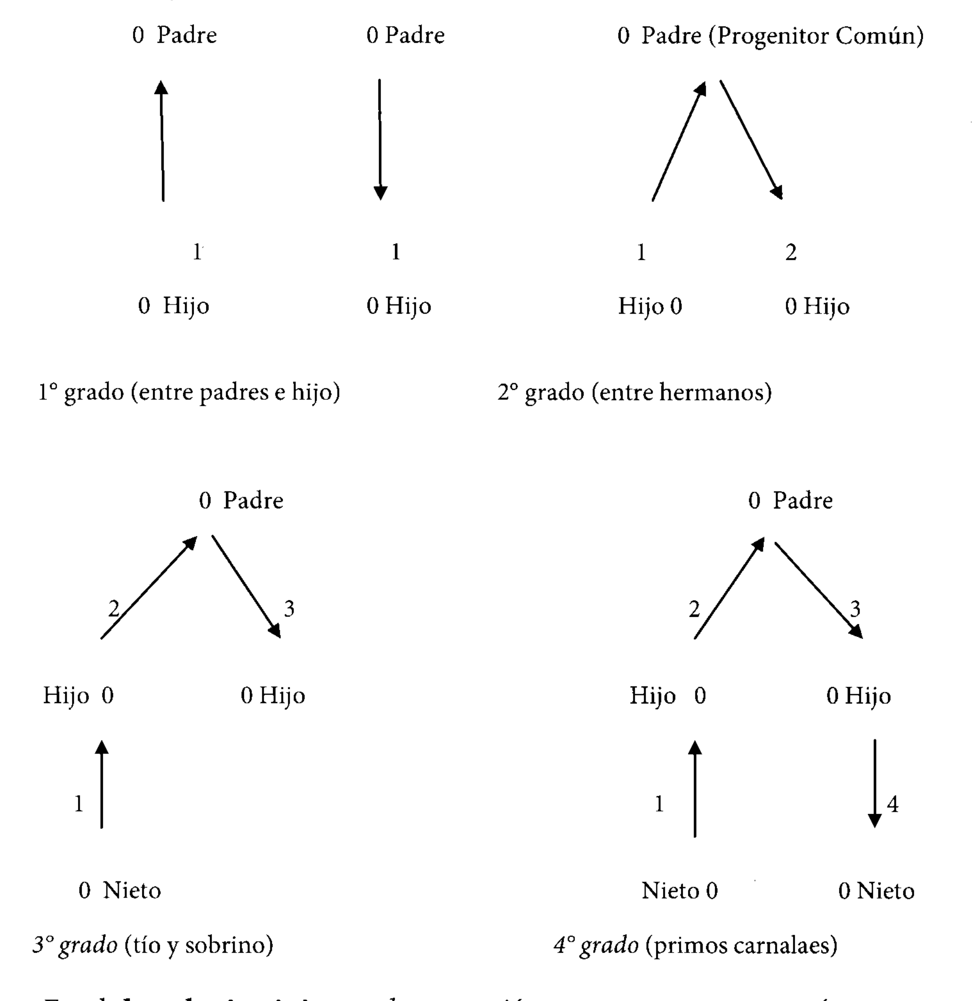
a) Entre Ascendientes y Descendientes.

En la línea recta ascendente el padre se halla en primer grado, el abuelo en segundo, etc. En tanto que en la línea recta descendente el hijo en primero, el nieto en segundo grados, y así sucesivamente.

b) Entre Colaterales.

Se cuentan las generaciones partiendo de uno de los parientes hasta el ascendiente común, y se regresa luego desde este último hasta el otro pariente: Así los hermanos son colaterales en segundo grado, porque ascendiendo al progenitor común –el padre- hay un grado y descendiendo al hermano otro, es decir, dos. Los primos hermanos que tienen por ascendiente común el abuelo, son colaterales en cuarto grado.

PARA MEJOR COMPRENSIÓN SE INSERTAN GRÁFICOS.



En el **derecho justinianeo**, *la cognación o parentesco consanguíneo* se toma como base para el derecho de sucesión y demás derechos de familia.

A partir de la República y más todavía en la época imperial, se va debilitando y pierde importancia también el parentesco agnaticio fundado en la pertenencia a

la asociación familiar (asociación jurídica dirigida monocráticamente) ocupa su lugar el parentesco de sangre o ***cognatio***, independiente de esa pertenencia.

c. AFINIDAD

Es el vínculo que nacía entre los cónyuges por el matrimonio y el que existía entre uno de ellos y los parientes consanguíneos del otro se llamaba *afinidad.* Coincidentemente las fuentes nos dicen que "afines son los agnados del marido y de la mujer llamados así porque en las nupcias se unen dos cognaciones que son entre sí diversas".

La afinidad que por principio no tenía grados, se medía de la misma manera que el parentesco por cognación y, como, éste admitía afines en línea recta, entre los que se encuentran el suegro y el yerno y en línea colateral, donde se sitúan los cuñados.

Este parentesco impedía el matrimonio entre el marido y los ascendientes o descendientes de su mujer o entre la mujer y los ascendientes o descendientes del marido; por ejemplo, al marido le estaba prohibido casarse con la hija de su primera mujer o con su nuera, así como a la madre de su mujer o con su madrastra.

d. GENTILIDAD

Concepto.- Los textos hablan de otra agrupación de carácter civil (***la gens***), cuyos miembros son los *gentiles* y sobre la que no existe datos precisos.

Según la opinión dominante, *la gens no es sino la familia*, en sentido amplio, es decir, el conjunto de los agnados.

Condiciones:

a. Llevar el mismo nombre (***nomen gentilitium***).
b. Haber nacido ingenuos.
c. Que todos sus antepasados sean ingenuos.
d. No haber sufrido nunca ***capitis deminutio***.

Evolución:

Originariamente la calidad gentilicia sólo correspondía a las familias nobles patricias.

Posteriormente, aparecen también *gens plebeyas*, bien sea que una familia plebeya, de origen perpetuamente ingenua, haya obtenido por su riqueza o por su influencia el título de *gens*, o bien porque algún ciudadano de origen plebeyo, después de haberse ilustrado en alta magistratura, fuese juzgado digno de ser el fundador de una *gens*.

La *gens* cayó en desuso a medida que las liberaciones se multiplicaban y se creaban nuevas familias, borrándose con el tiempo el recuerdo de su origen y extinguiéndose las *gens* primitivas absorbidas por el populacho, renovado continuamente.

Efectos.

La gentilidad no concede, en las relaciones recíprocas de sus miembros, más derechos que los que otorga la agnación.

Es simplemente un título de nobleza, que certifica la antigüedad e ingenuidad de la raza.

Pero cuando un ciudadano de una *gens* liberta o un esclavo esté libertado, se hace jefe de una familia, cuyos miembros se enlazan a la *gens*, tomando el nombre de ésta y sus sacras. Los miembros ingenuos de esta familia, tienen derechos de sucesión, de tutela y de curatela sobre los libertados.

3. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

CONCEPTOS GENERALES

El poder paterno (***patria potestas***), palabra que los modernos no alteran tampoco, es el primer modo por el que un hombre libre y Romano puede depender de otro[290].

En Roma, la *patria potestad* era el poder atribuido al padre de familia, o sea la potestad ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las ***justas nupcias***, por la ***legitimación*** o por la ***adopción***.

Para ejercitar esa patria potestad, nacida del derecho civil romano, se requería ser *ciudadano romano*, en cuyo caso según el derecho antiguo, se daba al ***paterfamilias*** el carácter de *propietario de los hijos*; *el derecho de la vida y muerte, de venderlos, exponerlos, abandonarlos o entregarlos para reparar el daño que éstos hubiesen causado*; *castigarlos o matarlos*, según disponía la **Ley de las XII Tablas**, si nacieran deformes. Como el propietario de su hijo, los bienes que éste adquiría pasaban al poder también del padre. Sin embargo, esta potestad que duró casi todo el régimen republicano, fue modificada, por lo que ya en el **Imperio**, el padre se convirtió en jefe supremo de la familia, más no el propietario de ella.

La patria potestad, institución propia del derecho natural, fue regulada en Roma por el ***ius civile***, que le imprimió caracteres peculiares que la distinguieron de los otros pueblos del mundo antiguo. Como instituto jurídico ***in iure civile***, de

[290] **GUSTAVO HUGO**; op. cit., pg. 57.

carácter viril, *la patria potestad sólo era accesible a los ciudadanos romanos de sexo masculino*. Las personas sometidas a esta *potestas* debían tener la calidad de ***civi romani*** (***civis romanus*** - ciudadano romano-; ***civitas romana*** = ciudad de Roma).

4. MODOS DE ADQUISICIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El Derecho Romano reconoció diversos modos de adquisición de la patria potestad como: *el nacimiento, la legitimación, la adopción* y *la adrogación*.

a. NACIMIENTO

El modo de entrar a la familia y someterse a la potestad del jefe de ella fue el *nacimiento* ***ex iustis nuptiis*** (***justæ nupuiæ***) ***ex juste matrimonio***, es decir que procede de una mujer que vive, en un estado de matrimonio aprobado por las leyes romanas, ya con el que ha de adquirir el poder por individuo varón, ya fuera ***pater*** o ***filius***. Los descendientes por línea femenina no eran miembros de la ***familia romana propio iure***, ya que pertenecían a la familia de su respectivo padre.

El hijo concebido ***ex iustis nuptiis*** designábase con el nombre de ***iustus***. Se consideraba tal al que hubiera nacido después de los 180 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 de su disolución. Se admitía no obstante que el marido reconociera al hijo nacido antes del plazo legal y que desconociera la paternidad del nacido después, invocando ausencia, enfermedad u otra causa debidamente justificada. En ningún caso la legislación romana tenía por ***iustus*** al hijo cuyo nacimiento fuera posterior a los 300 días de la disolución de las nupcias.

En el derecho clásico se llamaba a los ***iusti***, hijos naturales (***filii naturales***), para diferenciarlos de los hijos adoptivos. Los nacidos fuera del matrimonio eran designados con el nombre de *espurios* (**spurii** o ***vulgo concepti***). *Con el* ***derecho justinianeo*** *se usan tres denominaciones para los hijos*: ***legitimi***, que se aplica a los ***iusti***, es decir, a los nacidos de matrimonio; ***liberi naturales***, para los habidos de concubinato, ***spurii***, para los que nacían de uniones no estables. Estos dos últimos, sin padre legal, nacían *sui iuris*, no teniendo otros parientes que los cognados de su madre.

b. LEGITIMACIÓN

Era un acto en virtud del cual un hijo nacido de concubinato adquiría la calidad, la condición y los efectos de un hijo legítimo, es decir, los hijos que no nacían en la familia de su padre podían formar parte de ella posteriormente por la *legitimación*.

Antes del Imperio de Justiniano, la legitimación se verificaba en dos formas: *por matrimonio subsiguiente* y *por oblación a la curia*; sin embargo, JUSTINIANO agregó otra forma: por *rescrito del príncipe*.

Matrimonio Subsiguiente

Los hijos de concubinato podían ser legitimados, porque en ese caso no había impedimento alguno para celebrar las justas nupcias o el legítimo matrimonio, solamente que ellos no cumplían requisitos que el derecho civil había señalado para la celebración del matrimonio legítimo.

No podían ser legitimados los hijos nacidos del adulterio, del incesto (***stuprum***) o de una unión pasajera o ilícita que no tenían padres legítimos o padre conocido según la ley.

La legitimación por subsiguiente matrimonio se llevaba a cabo cuando un hombre tenía hijos con una concubina y posteriormente celebraba con ella las justas nupcias, lo cual transformaba al concubinato en matrimonio legítimo.

Legitimación por Oblación a la Curia - Legitimatio per Oblationem Curiae.

La curia estaba formada por el Senado de las ciudades municipales, es decir, las que habían obtenido el derecho de ciudad romana y el privilegio de los gobernadores en forma autónoma a través de instituciones similares a las de Roma; por ello, *la curia era un pequeño Senado*, los *decuriones*, sus senadores, y los *curiales*, los patricios de esas municipalidades. *Los decuriones* -consejeros municipales- formaban una orden que gozaba de privilegios pero a la vez estaban sometidos a obligaciones onerosas, como responder del cobro de todos los impuestos. Por lo gravoso de las obligaciones, en determinadas épocas del Imperio, la mayoría rehuía estos cargos, sin importarles el honor que daba el cargo. En atención a ello, los emperadores VALENTINIANO III y TEODOSIO II decretaron que un decurión o un ciudadano que únicamente tenía hijos naturales podía legitimarlos por el solo hecho de ofrecerlos a la curia; es decir, si admitía esos hijos en el orden de los decuriones, o también se estipuló que podía legitimar a una hija natural si la casaba con un decurión.

Legitimación por Rescripto del Príncipe -*Legitimatio per Rescriptum Principis.*

Este tipo de legitimación se adquiría al obtener un *rescripto del emperador*, en el que con toda claridad se concedía el privilegio de la legitimación, siempre y cuando el padre no tuviera algún hijo legítimo, pero, a la vez, era imposible que contrajera matrimonio legítimo con la madre del hijo natural, bien por haber muerto ésta o por un impedimento grave.

El rescripto aludido para la legitimación lo podía solicitar el padre o los hijos, en el caso en que muerto aquél, en su testamento manifestara su voluntad de legitimarlos. *El efecto del rescripto de legitimación era constituir a los hijos en herederos de su padre*, lo cual lo colocaba en la situación de hijos legítimos.

c. ADOPCIÓN

El poder paterno nace también de la voluntad libre del que llega a ser padre (***adoptio***; se llama también ***optio***, elección, cuando se trata de las *cosas*)[291]

La adopción es un acto en virtud del cual pasan a formar parte de la familia los hijos nacidos de un extraño a ella y por el que un ciudadano adquiere la patria potestad por efecto del derecho civil, independientemente de los vínculos consanguíneos. Las personas que entran a la familia en esta forma y sobre las cuales se constituye la patria potestad se denominan *hijos adoptivos* a partir de entonces, *toman el nombre de la familia del adoptante.*

Hay dos clases de adopción: ***la adopción propiamente dicha***, aplicada a los hijos de familia a quienes se hace pasar de la patria potestad de un padre a la patria potestad de otro, y ***la adrogación***, por la que un individuo que no depende de nadie (***sui iuris***) o sea un padre de familia se somete a la patria potestad de otro.

La adopción propiamente dicha *se lleva a cabo por la venta solemne* ***mancipatio****, seguida de la* ***cessio in iure****.*

La adoptio existía en el derecho antejustinianeo, la realización de un procedimiento no exento de complicaciones que fue resultado de la interpretación pontifical de las normas de las XII Tablas que establecía que el padre que vendía tres veces al hijo perdía la patria potestad sobre él. El pater, de acuerdo con un tercero le vendía el filius por tres veces consecutivas con el rito de la mancipatio, obligándose éste por un acuerdo de confianza (pactum de fiducia) a manumitirlo. Por efecto de las dos manumisiones, realizadas mediante vindicta, que se sucedían a las dos primeras ventas, el pater recuperaba la potestad sobre el filius. A la tercera venta no le seguía una manumisión, porque si tal ocurría el hijo quedaba libre de potestad o emancipado. Se llevaba a cabo una remancipatio al pater contra el que el adoptante intentaba una in iure cessio, consistente en un proceso fingido, en el cual el pater familias adoptante, presentándose al magistrado (in iure), simulaba reivindicar del antiguo pater su derecho de patria potestad.

Para dar en adopción una hija o un nieto, supuestos no contemplados en la Ley de las XII Tablas, *era bastante una sola* ***mancipatio paterna***, la que no iba seguida de una manumisión por parte del comprador, sino del propio acto de adopción.

La adopción antigua, inspirada en los principios que caracterizaban a la familia agnaticia, *hacía que el adoptado saliera de su núcleo originario y pasara a la* ***potestas*** *del adoptante*, con los derechos de agnación, nombre, religión y tribu de la familia en la que era recibido. Tenía la calidad de heredero suyo (***heredes***

[291] **GUSTAVO HUGO**, op. cit. pg. 61.

sui), si era adoptado por el paterfamilias como hijo. Con respecto a los miembros de su familia natural mantenía los lazos del parentesco por cognación, perdiendo sus derechos sucesorios de conformidad con el derecho civil.

Posteriormente, al imperar JUSTINIANO se acabaron esas formalidades y la adopción se verificaba sólo por la simple declaración del magistrado (***imperium magistratus***), mejor dicho, por la simple declaración que hacían ante el magistrado competente tanto el padre natural como el adoptante en su presencia, desde luego sin contradicción del adoptado, y según la norma el adoptante debía ser por lo menos 18 años mayor que el adoptado. **Los efectos de esta forma de adopción eran**: *que el adoptado salía de la familia del padre natural y pasaba a formar parte de la del adoptante*; perdía sus derechos a la sucesión del padre natural sin tener seguridad de conservar los derechos que adquiría a la herencia del adoptante, porque éste lo podía desheredar o emancipar. Para remediar esto, para dar seguridad al adoptado, JUSTINIANO *estableció que cuando la adopción la hiciera un extraño*, mejor dicho cuando lo hiciera quien no fuera ascendiente del adoptado, *éste debía permanecer bajo la potestad y en la familia de su padre natural*, a fin de conservar en ella sus derechos de sucesión y que fuera considerado el hijo del adoptante con derecho a sucederle, aunque fuera sólo ***ab intestato***.

Las mujeres, por una constitución de DIOCLECIANO, *pudieron adoptar para consolarse de los hijos perdidos*. En rigor, era sólo una imagen de verdadera adopción porque ni la mujer podía adquirir la patria potestad, ni el hijo hacerse agnado suyo.

d. ADROGACIÓN

Por la ***adrogatio*** un ***paterfamilias*** pasaba bajo potestad de otro. *Una **domus**, un culto, un patrimonio cesaban de existir como consecuencia de la adrogación.* Esto explica que el derecho romano era estricto en imponer el cumplimiento de exigencias formales para reconocer validez al acto.

Es la forma más antigua de adoptar; data prácticamente de los orígenes de Roma. Por medio de ella se permitía que un ***paterfamilias*** adquiera el derecho de ejercer la patria potestad sobre otro ***pater familias***.

Por ser este un acto muy trascendental y de suma importancia –puesto que acarreaba la desaparición de una familia con todas las consecuencias que esto implica- *era necesario someterlo a varias consideraciones*, tanto desde el punto de vista religioso como del social y político.

Desde la *perspectiva religiosa*, se debía notificar la decisión de la futura adrogación a los *pontífices*, para que éstos la aprobasen, ya que la consecuencia inmediata que las afectaría sería la desaparición de un culto familiar determinado.

Por otro lado era necesario *informar del caso a los comicios por curias* a efecto de que en ellos se votase a favor o en contra de la adrogación, para lo cual el magistrado que presidía el comicio dirigía *tres rogaciones al futuro adrogado* a fin de que recapacite sobre el hecho; sí éste insistía, se procedía a votar. Si la votación era afirmativa, el adrogado renunciaba solemnemente a su culto privado, acto que se conoce con el nombre de ***detestatio sacrorum*** y aceptaba el perteneciente a su nuevo ***pater***.

A partir del siglo III, en la época del emperador DIOCLECIANO, se suprimieron todas esas solemnidades y *fue suficiente con una autorización del emperador* para poder llevar a cabo la adrogación.

Una vez cumplidos los requisitos del caso el adrogado quedaba bajo la autoridad paterna del adrogante, al igual que las personas que estuvieron sometías a dicha autoridad -como cognado, disponiendo el adrogante desde ese momento de los bienes del adrogado. *El adrogado se hace **alieni iuris**;* bajo JUSTINIANO el adrogante sólo tiene el usufructo de los bienes del adrogado.

En los primeros siglos de Roma estuvo absolutamente prohibida la adrogación del ***sui iuris impúber***, ya que se considera que éste no tenía la suficiente madurez para realizar un acto de esta naturaleza y lógicamente era algo que el tutor no podía decidir por él.

A partir del emperador ANTONINO EL PIADOSO sí fue posible el llevar a cabo este tipo de adrogaciones pero con características especiales; esto es, si al momento de llegar a la pubertad el adrogado decidía que el acto de la adrogación celebrada no era conveniente a sus intereses, podía dirigirse al magistrado para cancelarla y recobrar su calidad de ***sui iuris***. Lógicamente recuperaba la administración y disponibilidad de sus bienes.

5. PODERES DEL PATERFAMILIAS

Todo en la Roma antigua estaba dirigido a conservar y aumentar en las altas clases la fuerza de esa combinación de ejemplos, de enseñanzas y de amenazas recíprocas: el estado de las fortunas, la religión, las instituciones, la severidad de las leyes; las exigencias del sentimiento público que deseaba verlas aplicadas inexorablemente por los padres a los hijos, por los maridos a las esposas: la familia, en suma, que era la primera escuela de esta dura disciplina de las almas. Las familias romanas aun eran por estos tiempos, y desde muchos puntos de vista, un resto de la edad patriarcal y al modo de otras tantas diminutas monarquías, en las que el padre mandaba como rey absoluto: solo él poseía, vendía, compraba, contraía compromisos. Podía exigir plena obediencia del hijo como del servidor, a cualquier edad, cualquiera que fuere la magistratura que hubiese logrado. Podía expulsar y reducir a la miseria, vender como esclavo, condenar a los trabajos del

campo al hijo rebelde y obligar al cónsul que había mandado las legiones en la guerra a obedecer como un niño cuando volvía a la casa paterna. Era juez supremo de la esposa, de los hijos, de los nietos, de los esclavos, y debía condenarlos él mismo, según las severas reglas dictadas por la costumbre, a veces hasta muerte, por sus delitos con respecto a los demás, la familia o el Estado.

La República aristocrática de los tiempos nuevos había dejado subsistir a esas pequeñas monarquías, aun subordinándolas y absorbiéndolas, pues una parte del esfuerzo necesario para la conservación del orden moral y político podía realizarse por los padres, en esos reinos minúsculos, más fácilmente que por los magistrados en el Estado. Luego, con tal poder fue fácil a los padres reprimir durante mucho tiempo en las nuevas generaciones ese espíritu de innovación de la juventud, que en todas las épocas aporta la corrupción con el progreso; hacer de sus hijos lo que ellos mismos eran; habituar a los muchachos a la sobriedad, a la castidad, a la resistencia, a la religión, a la escrupulosa observancia de las leyes y de las costumbres, al patriotismo estrecho, pero firme; hacerles aprender los preceptos fundamentales de la agricultura y de la economía doméstica; enseñar a las hijas a que vivieran siempre bajo la autoridad de un hombre, padre, marido o tutor sin poseer nunca nada, ni siquiera su dote; a ser obedientes, sobrias, castas, atentas únicamente a los menesteres de la casa y de los hijos; inculcar a todos, hijos, e hijas, la escrupulosa observancia de la tradición, la fidelidad a las costumbres antiguas, el horror a todo lujo nuevo...¡y desgraciados de los indóciles y de los rebeldes! El padre y el tribunal doméstico habrían castigado sin piedad al hijo y a la esposa, porque la tradición y el ejemplo enseñaban la dureza, y era fácil ser duros a unos hombres que desde su infancia habían gozado muy poco. Así educado, el noble romano hacía sus primeros ensayos en la guerra cuando aún era muy joven, militando en la caballería: todavía joven se casaba con una mujer que le aprobaba una pequeña dote, y de la que debía tener muchos hijos. Luego comenzaba la lenta y larga carrera de la magistratura, se presentaba a los diferentes cargos electivos, según el orden establecido por las leyes[292].

Para ilustrar los poderes del paterfamilias sobre los hijos, recurrimos a los ejemplos citados por DIONISIO DE HALICARNASO, en su ***Historia Antigua de Roma***: «Dicen algunos que, cuando aun nadie era capaz de ver la tiranía que Casio estaba preparando, su padre fue el primero en sospechar y, tras efectuar las más minuciosa investigación del asunto, fue al Senado. Luego, ordenó a su hijo que acudiera allí y fue su delator y acusador. Y cuando también el Senado lo condenó, lo llevó a su casa y lo mató. La amargura e inexorabilidad de los padres cintra los hijos que cometen alguna injusticia, y sobre todo entre los romanos de

[292] FERRERO, Guglielmo; op. cit., pg. 16 y 17.

entonces, no nos permite rechazar esta versión; pues también antes Bruto, el que expulsó a los reyes, condenó a sus dos hijos a morir conforme a la ley relativa a los malhechores y se les cortó el cuello con hachas, porque parecía que habían estado colaborando en el regreso de los reyes. Y después de esto, Manlio, cuando era general en la guerra contra los galos, a su hijo, que se había distinguido en la guerra, por una parte lo honró con coronas al valor por su valentía, pero por otra, acusándolo de desobediencia por no haber permanecido en la fortaleza en la que se le había ordenado y haber salido a luchar contra la orden del general, lo mató como a un desertor»[293].

El poder unitario del ***pater*** comprendía, cuatro potestades: ***patria potestas***, sobre los hijos; ***manus maritalis***, sobre la esposa; la ***dominica potestas***, sobre los esclavos y el ***mancipium***[294] o ***cuasi-servidumbre*** de personas libres vendidas al ***paterfamilias***. A tales potestades había que agregar como emanación de su poder, el ***dominium*** o *señorío absoluto sobre las cosas*.

Durante largo tiempo *la potestad sobre las personas* y *el poder sobre las cosas* fueron considerados de la misma naturaleza y el derecho romano lo reconoció y rodeó de garantías. Estos poderes sobre las personas tuvieron carácter absoluto, tanto que ni la autoridad pública podía intervenir. Frente a los individuos libres y no libres sujetos a potestad, el señorío del ***pater*** le otorgaba el *derecho a la vida y muerte* (***ius vitae necisque***), el *derecho de exponer* (***ius exponendi***) y *de vender a los hijos* (***ius vendendi***) y de *entregarlos en noxa* (***ius noxae dandi***) a la víctima del delito por ellos cometido, como resarcimiento por los daños que del hecho ilícito derivaran.

Desde la época republicana comenzó a penetrar en el derecho romano la idea de que por amplia que fuese la patria potestad del pater, ejerciéndose en la ciudad, no podía escapar absolutamente a la intervención de ésta. Llegó así un día en que se sometió a la apreciación de los *censores* la manera como el pater usaba los poderes inherentes a su potestad. *La sucesiva intervención estatal*, en consonancia con nuevas concepciones sociales *fue destruyendo el antiguo absolutismo del pater* y cambiando la fisonomía de la familia romana.

Para los delitos contra la seguridad del Estado o solamente para aquellos en que estuviera en juego el orden público, la autoridad judicial tuvo una competencia concurrente con el juez doméstico. El poder del Estado no podía ser restrin-

---

[293] DIONISIO DE HALICARNASO; *Historia Antigua de Roma*, Libro VIII, 79, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 1989

[294] **Mancipium**.- Un individuo, Romano o Romana, podía caer en la dependencia de otro de un tercer modo, es decir, por ***mancipium***. El ***mancipium*** exigía que el individuo fuese vendido solemnemente en la forma empleada para adquirir la propiedad.- Ver GUSTAVO HUGO, op. cit. pg.64.

gido por el de un simple ciudadano. El culpable era condenado por sentencia del magistrado a ser separado de su familia.

En materia civil, una prescripción de las **XII Tablas** sancionaba al *pater* con la pérdida de las potestades si el hijo había sido objeto de 3 ventas sucesivas, los emperadores, sobre todo, restringieron la autoridad paterna TRAJANO obligó a un padre que maltrataba a su hijo a emanciparlo, ADRIANO condenó al padre que mató a su hijo, a la deportación, reservando sólo a los jueces la aplicación de penas capitales. CONSTANTINO declaró reo de parricidio a quien mataba a su hijo. A partir de VALENTINIANO III fue castigada con pena capital la muerte de los recién nacidos.

Con JUSTINIANO, debido fundamentalmente a *la influencia cristiana y del helenismo*, la patria potestad quedó reducida a un mesurado poder de corrección y disciplina.

6. LA PATRIA POTESTAD Y LAS RELACIONES PATRIMONIALES

La patria potestad generaba, a la par que *relaciones de orden personal*, otras de carácter *patrimonial*, que vamos a analizar dada a sus peculiaridades que presentaban en el derecho romano.

Sobre los Bienes del Filiusfamilias.

El hijo no adquiere nada para sí, sino para el jefe de familia, que es único titular del patrimonio; el hijo es, por tanto, un mero instrumento de adquisición.

Sobre los bienes familiares tienen los hijos una especie de derecho latente, que depende de la muerte del jefe en cuyo momento los reciben a título de ***heredes sui***.

Excepciones a este Principio.

El principio según el cual todos los bienes pertenecían al padre y nada al hijo, sufrió las siguientes limitaciones:

a) **Peculio Castrense**

Al constituirse ***los militares*** en una verdadera clase, uno de los privilegios que se les otorgó fue el de que aunque tuvieran la condición de ***filiusfamilias***, adquiriesen para sí todo lo que recibían durante su servicio en la milicia (sueldo, botín de guerra, donaciones y legados hechos con motivo de su cargo).

Los hijos podían disponer de este peculio para actos entre vivos o mortis causa, pero si morían ***ab intestato***, heredaba el padre y no los herederos del hijo.

b) Peculio Cuasicastrense

Peculio análogo al castrense, creado por CONSTANTINO a favor del hijo, con respecto a todo lo que hubiese ganado por un *cargo en el palacio imperial*, como *funcionario*, en el *ejercicio de profesiones liberales o como clérigo.*

c) Peculio Profectitium

Estaba integrado por los bienes que el padre cedía al hijo para que se acostumbrara al *ejercicio del comercio.*

La propiedad correspondía al padre; pero el hijo podía administrar los bienes cedidos.

d) Bona Adventitia.

Primero ADRIANO y luego CONSTANTINO, establecieron que *los bienes correspondientes al hijo por sucesión de la madre*, pasasen en propiedad a aquél y sólo el usufructo al padre.

Integraron este peculio, además, los bienes que el hijo recibiese a título gratuito de sus ascendientes, maternos, *los lucros nupciales* y *esponsalicios*, y en general todo lo que el hijo adquiera no proveniente del padre y no correspondiente al peculio castrense y cuasicastrense.

El padre tenía el usufructo y la administración de este peculio, pero no estaba obligado a dar caución ni a rendir cuentas.

CONSTANTINO estableció que, al emanciparse el hijo, el padre conservara el tercio de este peculio; JUSTINIANO, que conservara la mitad.

7. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Por principio la patria potestad romana tenía *carácter perpetuo* y por ello la mayoridad del hijo no le ponía fin. Pero hubo acontecimientos fortuitos que hicieron imposible su ejercicio tal la muerte del pater, causa natural de extinción; la ***capitis deminutio máxima*** que lo convertía en esclavo y la ***media***, que le hacían perder la ciudadanía, porque la patria potestad sólo era ejercitable por ciudadanos romanos.

Se producía la extinción de la patria potestad por:

a. Por Acontecimientos Fortuitos.

Muerte del jefe de familia, su reducción a la esclavitud, o la pérdida de su derecho a la ciudadanía.

Muerte del hijo, su reducción a esclavitud o la pérdida de su derecho a la ciudadanía (***capitis deminutio***).

Elevación del hijo a ciertas dignidades (primeramente, cuando era sacerdote de Júpiter o vestal; bajo Justiniano, cuando era designado patricio, cónsul, obispo, prefecto del pretorio o cuestor del palacio).

b. Por Actos Solemnes.

La entrega en adopción.

La emancipación.

La adopción se podía considerar en ciertos casos como medio para disolver la patria potestad, como cuando el adoptado pasaba de la potestad de su padre a la del adoptante o cuando el adoptante era ascendiente del adoptado.

LA EMANCIPACIÓN

Era un acto solemne mediante el cual un padre de familia renunciaba a la potestad tenida sobre el hijo para que éste se convirtiera en ***sui iuris***; *en el proceso evolutivo de Roma se distinguen tres formas de emancipación, a saber*:

Primera: **La emancipación antigua**, que consistía en llevar a cabo una o muchas mancipaciones, es decir, por medio de la emancipación, el padre vendía a su hijo a un tercero y convenía con el comprador que éste adquiría la especie de potestad (***dominica***) llamada ***mancipium***; pero si le obligaba a ***manumitirlo per vindicta***, la forma se llamaba ***contracta fiducia***.

Una vez realizada la manumisión, el hijo recaía nuevamente bajo la patria potestad del *paterfamilias, pero era vuelto a vender y manumitido por el comprador por segunda vez,* **para que por tercera venta se extinguiera definitivamente el derecho del padre**; por la tercera manumisión hecha por el comprador, el hijo se convertía en ***sui iuris***, pues no se encontraba ya sometido a la patria potestad de nadie.

Segunda: **La emancipación anastasiana**[295]que consistía en obtener del emperador un ***rescripto*** (mediante el cual se autorizaba la emancipación) y en hacerla insinuar por un magistrado, en quien estaba depositada. Este procedimiento se estableció para emancipar a un hijo ausente, que no podía llevarse a cabo por el procedimiento de la emancipación antigua, ya que por la forma de emancipación, había que tenerse con la mano, es decir, presente, el objeto que se vendía.

Tercero: **La emancipación autorizada por** JUSTINIANO, consistente o resultante de *una simple declaración hecha por el padre de familia* ante el magistrado (***rectæ via***).

El emancipado en estas condiciones se consideraba manumitido, sujeto al patronato del manumisor y, por tanto, por ingratitud podía perder el beneficio de la emancipación.

---

[295] El Emperador Anastasio (en el año 502) permitió que la emancipación se realizara en ausencia del hijo.

Capítulo II
EL MATRIMONIO

1. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Concepto de Matrimonio.- Matrimonio es la unión de dos personas de *sexo distinto* con la intención de ser marido y mujer. El matrimonio tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la ***convivencia conyugal*** y en la ***affectio maritalis***.

No se trata de un acto jurídico al que los contrayentes dieran vida por una declaración de voluntad, sino una *situación de hecho* fundada en la convivencia o cohabitación del hombre y la mujer, cuyo comienzo no estaba marcado por formalidad alguna, y en la intención permanente y recíproca de tratarse como marido y mujer[296]. El matrimonio constaba de **dos elementos**: ***uno objetivo***, representado por la ***cohabitación***, y ***otro subjetivo o intencional***, que era la ***affectio maritalis***.

A diferencia del matrimonio moderno, el romano no surge por el consentimiento inicial, sino que es preciso el continuo o duradero. Además no está sujeto a formalidades de ninguna especie, cuáles serían la celebración ante una autoridad o la redacción de un documento. La intención marital se demostraba mediante la declaración de los esposos y de los parientes y amigos, pero más propiamente por una manifestación exterior, llamada ***honor matrimonii***, que era el modo de comportarse en sociedad los esposos y el trato que el marido dispensaba a la mujer, que debía ocupar la posición social de aquél y la dignidad de esposa.

---

[296] PAPINIANO, orgulloso, responde a la costumbre griega de inscribir en placas los casamientos: "*no es con las tablas que se hace un matrimonio*" (D. 39, 5, 31). La convivencia era tan importante que bastaba cohabitar con una mujer honesta, de costumbres probas, buen nivel social para que entendiese que había matrimonio (D. 23, 2, 24).

El matrimonio romano (***matrimonium***) *no es una relación jurídica* sino un *hecho social* que produce efectos jurídicos reflejos. El matrimonio *supone una comunidad de vida de marido y mujer*, sostenida por la ***affectio maritalis***, esto es, por la conciencia en ambos cónyuges de que la comunidad que integran es un matrimonio.

El matrimonio según el ***ius civile*** (***matrimonium iustum***), supone que los cónyuges son ciudadanos romanos, o por lo menos que lo es el hombre, el cual habrá de poseer el ***connubium*** con la mujer con quien contrae matrimonio. *El derecho a contraer matrimonio legítimo se llama* ***connubium***, sólo tienen los ciudadanos romanos y algunos extranjeros privilegiados[297].

*Cuando falta la intención de ser marido y mujer –****affectio maritalis****-, cesa el matrimonio.* No siendo el matrimonio un acto jurídico, tampoco el divorcio puede configurarse como tal.

El matrimonio romano fue siempre *monogámico*, y dentro del propio ambiente pagano se reconoció su alto valor social.

Definiciones del Matrimonio

Las fuentes nos suministran dos definiciones de matrimonio:

La primera es de MODESTINO, según el cual ***nuptiae sunt coiunctio maris et feminae et consortium om nis vitae, divini et humani iuris communicatio*** = *el matrimonio es la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano* (D. 23, 2, 1).

Según las **Instituciones** de JUSTINIANO (Inst. 1, 9, 1) da esta definición: ***Matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens*** = *Matrimonio es la unión de hombre y mujer con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble.*

2. LOS ESPONSALES

El nombre de esponsales (***sponsalia***) deriva de la voz ***sponsio***, contrato verbal y solemne que se usaba para perfeccionar la promesa.

Los esponsales se definen como la *promesa recíproca de futuro matrimonio.* Un *fragmento de FLORENTINO* en el Digesto define los esponsales diciendo: ***sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*** = *los esponsales son mención y promesa de futuras nupcias* (D. 23, 1, 1.).

[297] KASER, Max, op. cit.pg. 256, 257.

Los esponsales en la época histórica son una *promesa obligacional de futuro matrimonio* para la que se utiliza la forma de la ***sponsio*** (***stipulatio***). El que tiene la ***potestas*** sobre la esposa, promete al esposo darle ésta como mujer; el esposo promete al que tiene la ***potestas*** sobre la esposa llevar ésta a la casa del esposo. *En las primeras épocas el incumplimiento de los esponsales daba lugar a una acción de daños y perjuicios que se traducía en el pago de una suma de dinero.* Pero este criterio dinerario pronto despareció, declarándose ineficaz cualquier convención en que se prometiera dinero a título de pena (***stipulatio poenae***).

En los comienzos de la República, los esponsales se liberan de la forma de la ***stipulatio***; para la ***sponsalia*** es suficiente, ahora cualquier forma oral o escrita utilizada entre presentes o entre ausentes (Flor. D. 23, 1, 1). Tampoco se puede asegurar el cumplimiento de la promesa de esponsales, conviniendo una pena para el caso de incumplimiento. Cada parte es libre de desligarse de su promesa, mediante una simple declaración (***mentium remittere***).

En el período postclásico, la libertad de cumplimiento inherente a los esponsales queda suprimida por la aparición de las *arras esponsalicias* (***arrhae sponsaliciae***). Consistían éstas en un donativo del esposo a la esposa, el cual debe ser devuelto simplemente o en un múltiplo de su valor (duplo, cuádruplo) en el caso de que el matrimonio sin causa justificada, dejara de celebrarse.

Un moderno vestigio de estas arras es el *anillo nupcial.* Los esponsales se disuelven por la muerte, por sobrevenir un impedimento opuesto al matrimonio, por el mutuo disenso y por la simple manifestación de voluntad de uno de los novios -***repudium***-.

3. MATRIMONIO "CUM MANU"

La esencia de la familia romana se caracteriza por ser una rígida asociación de personas la cual, en tiempos antiguos, exigía que la mujer se integrase en esta comunidad. Su posición como madre de sus hijos y rectora de la casa requería su sumisión al poder del paterfamilias y su participación en el culto doméstico. Ese poder marital a que se halla sometida la mujer es llamado, desde antiguo, con una denominación especial, ***manus***[298].

Como todos los poderes domésticos romanos el poder marital del paterfamilias es un poder pleno comprende el derecho de vida y muerte (***ius vitae necisque***) y también el derecho de castigar a la mujer y repudiarla. Sin embargo, en los primeros tiempos, el derecho sacro y durante la República el censor, cumpliendo

[298] Antiguamente la esposa (***uxor***) pasaba a estar bajo la manu del marido o del paterfamilias de éste (de allí lo de "*pedir al padre la mano de su hija*").

éste su misión de velar por la pureza de costumbres, amenazó, lo mismo que el caso de la *patria potestas*, con imponer sanciones a los maridos que hiciesen mal uso de sus prerrogativas. En la época clásica, el poder del marido sobre la mujer se atenúa progresivamente.

Por hallarse sometida al poder marital, la ***uxor in manu*** lo mismo que los hijos, no tienen capacidad patrimonial, y lo que ella adquiera va a incrementar el patrimonio del paterfamilias.

Como el matrimonio requiere para su celebración que la mujer abandone su familia de origen para entrar a formar parte de la del marido (***matrimonio cum manu***), y este requisito constituye la regla general, las XII Tablas prevén un medio para impedir que el marido adquiera la ***manus***. Este matrimonio se llama ***sine manu***, al principio constituye una excepción impuesta por especiales necesidades. Hasta el siglo último antes de Jesucristo sigue siendo el ***matrimonio cum manu*** la regla general; a partir de esta época, su frecuencia va progresivamente descendiendo, quedando en el período clásico, como forma reservada para casos aislados hasta ser totalmente sustituida por el *matrimonio libre*.

La ***manus*** no nacía automáticamente por la sola celebración del matrimonio, sino que requería un acto legal especial para que el marido adquiera tal potestad. El derecho romano conoció *tres modos de adquisición*: la ***confarreatio***, la ***coemptio*** y el ***usus***.

a. CONFARREATIO[299]

Era la forma más antigua de la ceremonia o *solemnidad tradicional que acompañaba al matrimonio*, fundado éste principalmente en el consentimiento de las partes. Dicha solemnidad o ceremonia consistía en la presencia de los futuros cónyuges ante al **Pontífice Máximo** quien se hacía acompañar del ***flamin dialis***[300] así como de *otros sacerdotes* y *10 testigos*; *los contrayentes ofrecían una torta de pan de harina de trigo que comían los esposos*, lo cual constituía un sacrificio ante el Dios **Júpiter**; en seguida pronunciaban palabras alucivas al acto en forma solemne y luego se colocaban juntos, cubiertos por la piel de una res sacrificada con este motivo y permanecían sentados hasta el fin de la ceremonia. *Esta solemnidad cayó en desuso hasta quedar en la época de* TIBERIO (años 42 a.C. a 37 d.C.), *ceremonia propia para el matrimonio de los sacerdotes*, pues, de aquí se

[299] El acto toma el nombre de la ofrenda de pan de trigo, el *panis farreus* .-Sabino Ventura, op. cit. pg. 114.

[300] ***Flamin dialis***.- sacerdote de Júpiter.

desprendía que los hijos de éstos, y que también celebraban el matrimonio confarreado, podían adquirir la calidad de sacerdotes.

b. COEMPTIO

Su uso es corriente en la época clásica; se cree que se estableció después de la Ley de las XII Tablas. Era una ceremonia común en muchos de los pueblos indoeuropeos, cuyo inicio fue incierto, pero de conocida aplicación. *Consistía en una venta efectiva al principio, mancipatio simbólica, después, de la mujer al marido*, con asistencia del jefe de familia si es ***alieni iuris***, o del tutor si es ***sui iuris***. Se realizaba en presencia de 5 ***cives romanos*** púberes, de un ***libri pens***, *portabalanza*, y de los esposos[301]; el futuro esposo golpeaba con una moneda que entregaba al padre o tutor de la mujer que en dicha ceremonia aparecía como vendedor de ella, y enseguida el hombre preguntaba a la mujer si era su voluntad formar parte de su familia y ella a su vez la formulaba a él la misma pregunta. Igual que la confarreatio, dada a la evolución familiar romana, cayó en desuso.

c. USUS

Cuando el matrimonio había sido celebrado sin las formalidades de la ***confarreatio*** o de la ***coemptio***, se aplicaban las normas propias de la ***usucapio***, y el marido adquiría la "***manus***" por el "***usus***", es decir, *reteniendo a la mujer en posesión durante un año continuo en la casa del marido.* En efecto, es como si hubiera sido usucapida por una posesión anual, y por ello pasaba a la familia del marido y venía a ocupar el lugar de hija (***filiae locus***). Pero en la Ley de las XII Tablas estaba dispuesto que, si ella no quería convenir quedar sujeta a la manus del marido, se ausentara tres noches (***trinoctium***) en cada año, y de esta manera interrumpía el "usus" ese año[302]. Este modo arcaico de adquirir la potestad marital no sobrevivió al fin de la época republicana y había sido el Emperador AUGUSTO quien lo abolió totalmente.

4. MATRIMONIO "SINE MANU"

La mayor parte de los pueblos de la antigüedad practicaron simultáneamente formas diferentes del matrimonio. Los romanos conocieron a la par del **matrimonio *cum manu, justae nuptiae sine manu,*** que fue un medio para que el paterfamilias se procurase los hijos que deseara sin agregar a su familia la mujer que se prestaba a dárselos.

[301] VENTURA, Sabino; op. cit. pg. 114.

[302] Gayo, I, 111.

Se discute el origen y la antigüedad de este matrimonio, El principio según el cual el ***pater*** formaba su familia como deseaba, explicaría esta forma de nupcias. La decadencia de la ***manus maritalis*** desaparecida absolutamente alrededor del siglo III d.C. torna corriente la práctica del ***matrimonio sine manu***, al no tener el marido poder alguno sobre la mujer, ésta quedaba en la misma situación familiar y patrimonial que tenía antes de las nupcias. En consecuencia, si era ***alieni iuris*** al tiempo de contraer matrimonio, continuaba sometida a la potestad de su padre, en tanto que si tenía calidad de ***sui iuris***, debía nombrársele un tutor. Su marido no era tutor legítimo ni era usual nombrar al marido tutor de la propia mujer.

5. PRESUPUESTOS DEL MATRIMONIO ROMANO

Hay matrimonio válido -***iustae*** o ***legitimae nuptiae***, ***iustum*** o ***legitimum matrimonium***- cuando se dan los siguientes *requisitos*:

1° *Capacidad natural*. No pueden contraer matrimonio los impúberes, es decir los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12 años.

2° *Capacidad jurídica* -***connubium***-. Ser libre y ciudadano, es decir, tener el ***status libertatis*** y el ***status civitatis***. No es matrimonio, sino ***contubernium***, la unión de esclavos. De modo análogo, está excluido el matrimonio entre libres y esclavos.

Hasta la ***Lex Canuleia***, propuesta por el Tribuno CANULEIUS del 445 a.C., no fue reconocido el matrimonio entre patricios y plebeyos, en la segunda mitad de la República se permitió las uniones entre ingenuos y libertos y AUGUSTO restableció el orden de los matrimonios entre libertos y personas de rango senatorial.

La incapacidad de los peregrinos para gozar del ***connubium*** desapareció con la ***Constitutio Antoniniana***, del 212 d. C.

3° *Consentimiento* de los esposos manifestado de modo continuo y sin forma alguna. No puede contraer matrimonio el loco -***furiosus***-, ni se tiene por válido del contraído con violencia.

4° *Consentimiento del paterfamilias*, cuando los contrayentes *no son sui iuris*; la jurisprudencia llegó a decir que el pater da siempre su consentimiento, si no muestra evidentemente su disenso. Basta por lo tanto, el silencio, es decir la no oposición, para que el matrimonio pueda contraerse.

La *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, del 18 a.C., dispuso que en caso de que el ***paterfamilias*** se negase, sin motivo justificado, a otorgar el consentimiento, pudieran recurrir al magistrado los futuros contrayentes.

En orden a las mujeres ***sui iuris***, el derecho clásico señala como necesario el consentimiento del tutor. Desaparecida la ***tutela mulierum***, el derecho nuevo exige para las mujeres menores de 25 años, incluso si son viudas, el consentimiento del padre, y, a falta de éste, de la madre y de sus parientes, o bien de la autoridad judicial, si mediaran disensiones.

6. IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

Se distinguen los *impedimentos absolutos* cuando producen incapacidad para contraer matrimonio en cualquier caso y *relativos*, el impedimento sólo se refiere a determinadas personas.

1° Son Impedimentos Absolutos:

a) *El matrimonio precedente todavía no disuelto*, en cuanto que la ley no autoriza la coexistencia de un doble vínculo.
b) *La esclavitud* de uno de los cónyuges.
c) *El voto de castidad* y *las órdenes mayores*, en el derecho nuevo.

2° Son Impedimentos Relativos:

a) *El parentesco de sangre o cognación*. En **línea recta** está prohibido el matrimonio entre ascendientes y descendientes hasta el infinito; en **línea colateral**, hasta el tercer grado -hermanos, tío y sobrina, tía y sobrino. **Un senadoconsulto** del año 49 de Cristo, con el fin de permitir el matrimonio del EMPERADOR CLAUDIO con su sobrina AGRIPINA hija del propio hermano GERMÁNICO-, *autorizó la unión entre tío y sobrina.* Una disposición de CONSTANTINO restableció esta prohibición.
   *El parentesco de adopción -**adoptiva cognatio**-* constituye también impedimento, si bien cesa tratándose de línea colateral, cuando se ha disuelto por emancipación. *Con la hermana por adopción no puede haber nupcias*, pero cuando sea disuelta la adopción por emancipación, puede conducirle como esposa.
b) *El parentesco espiritual*. Según norma justinianea está prohibido el matrimonio entre el padrino y el ahijado.
c) *La afinidad*. En la época clásica no se permite el matrimonio entre padrastro e hijastra, madrastra e hijastro, suegro y nuera, suegra y yerno. A esta prohibición de matrimonio entre parientes en la línea recta, se suma la establecida por el derecho cristiano, en el orden de los cuñados.
d) *El adulterio y el rapto*. Por disposición de la ***Lex Iulia de Adulteriis***, que confirma la ***Lex Iulia Papia***, está prohibido el matrimonio entre la adúltera y su cómplice. El derecho de esta última época prohíbe también el matrimonio entre el raptor y la raptada.

7. EFECTOS DEL MATRIMONIO RESPECTO DE LOS CÓNYUGES

El Matrimonio, como institución básica del derecho de familia, producía importantes consecuencias jurídicas tanto respecto de los cónyuges, como en relación a los hijos.

En cuanto a los esposos, los efectos jurídicos del matrimonio se traducían, no sólo en las relaciones de carácter personal, sino también en las de orden patrimonial.

Dentro de las relaciones de carácter personal, está la fidelidad entre los cónyuges. El derecho romano trató más severamente a la infidelidad de la esposa que la del marido y en este sentido la mujer adúltera cometía un delito público que se castigaba severamente; en cambio, el adulterio del marido, siempre que no tuviera lugar en la ciudad del domicilio conyugal, no era causal de divorcio.

La mujer debía habitar la casa del marido, que constituía su *domicilio conyugal.* Asimismo, estaba obligada a seguirlo siempre, a menos que él se hiciese reo de algún delito. La esposa adquiría el nombre y la dignidad de su cónyuge, los que conservaba aunque quedara viuda, mientras no pasara a segundas nupcias.

El marido tenía que dar protección a su mujer y representarla en juicio. Un cónyuge no podía ejercer contra el otro acción alguna que trajera aparejada una pena infamante. No le era permitido a un cónyuge accionar penalmente contra el otro, y entre ellos no cabía el hurto, ni siquiera después del divorcio.

Los cónyuges se debían recíprocamente alimentos, por lo cual, en caso de necesidad, estaban obligados a suministrarse comida, vestido, habitación, etc. Los alimentos se determinaban a tenor de las posibilidades del que los debía prestar y de las necesidades del esposo que iba a recibirlos (ver art. 481 del C.C. peruano).

El marido contó con el *interdictum de uxore exhibenda et ducenda* para ejercer contra cualquiera que se apoderara ilegítimamente de su mujer, aunque fuera del propio paterfamilias.

Para dejar el matrimonio al margen de todo interés pecuniario, el derecho romano prohibió que los cónyuges pudieran hacerse mutuamente donaciones y también que la mujer fuera fiadora de su marido, prohibición ésta última que consagró el *Senadoconsulto Veleyano.*

8. EFECTOS DEL MATRIMONIO RESPECTO DE LOS HIJOS. LA FILIACIÓN

Dentro de los efectos del matrimonio en cuanto a los hijos, merece especial tratamiento *la filiación*, o sea la relación paterno filial, que podía ser *legítima* o *ilegítima*, según que los hijos nacieran o no de padre y madre unidos en matrimonio.

La filiación legítima, que era aquella en que el nexo entre el engendrado y sus progenitores deriva del legítimo matrimonio, daba al hijo la calidad de legítimo, que la ley presumía cuando hubiera nacido después de los 180 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 de su disolución. En estos casos se reputaba al marido padre del hijo, presunción que podía ser destruida si el padre probaba la imposibilidad material de haber cohabitado con su mujer o su impotencia para la relación carnal.

En cualquier otro caso, contrariamente, la mujer tenía que probar la paternidad si el marido la negaba. La acción que el derecho romano otorgó a la esposa para el reconocimiento del hijo se llamó ***actio de partu agnoscendo***. Sin embargo para evitar la suposición del parto, la mujer que se creía embarazada en el momento del divorcio, estaba obligada, según un ***Senadoconsulto Plaucianum*** de la época de VESPASIANO a comunicárselo al marido dentro de los 30 días. Más adelante, el *edicto del pretor* extendió esta disposición al caso de disolución del matrimonio por muerte del marido, supuesto en que había que comunicar el embarazo a las personas interesadas, pues de lo contrario perdía la mujer el derecho a intentar la acción de ***partu agnoscendo***; pero el hijo podía en todo tiempo hacer valer sus derechos por un ***actio de liberi agnoscendo***.

Los hijos legítimos tenían derecho a exigir de sus padres la protección de alimentos, si ellos no podían subvenir a sus necesidades. Esta obligación se imponía en primer lugar al padre y a la madre, y en defecto de éstos a los abuelos, *la prestación de alimentos era recíproca* y en consecuencia los hijos estaban obligados a mantener a sus padres cuando estuvieran en la indigencia (ver art. 475 CC peruano).

Otro deber funamental que imponía el matrimonio a los hijos era el respeto y obediencia a sus padres. Ello hacía que no pudieran iniciar acción infamante contra sus progenitores, ni exigir por sus créditos más allá de los medios que tuvieran para proveer a su subsistencia.

9. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

***El matrimonio se disuelve*:**

1° Por *la muerte* de uno de los cónyuges.

2° Por la ***capitis deminutio máxima*** de cualquiera de los esposos. En la época clásica la ***captivitas*** disuelve el matrimonio, sin que se reanude ***iure postliminii***. Al retornar el cónyuge prisionero, podrá unirse en nuevo matrimonio con el cónyuge que quedó libre, pero nunca continuar el antiguo.

3° Por la ***capitis deminutio media***, acarrea la pérdida de la ciudadanía. Según el derecho clásico, la ***deportación*** que sustituye a la antigua ***aqua et***

igni interdictio (*prohibición del agua y del fuego*) -disuelve el matrimonio. No ocurre así en el derecho justinianeo.

4° POR EL DIVORCIO, es decir por pérdida de la ***affectio maritalis*** en uno de los cónyuges o en ambos. El matrimonio se basa en el *consentimiento*, y de suerte que, si falta éste, cesa sin más el vínculo.

El ***divortium*** lo mismo que el matrimonio, no está sujeto a la observancia de forma alguna. Es suficiente un simple aviso, comunicado de palabra, por escrito -***per litteras***- o por medio de mensajero -***per nuntium***-.

La ***Lex Iulia de Adulteriis*** del año 18 a.C., estableció que el repudio debiera participarse por medio de un liberto en presencia de 7 ciudadanos púberes, sin embargo, no debe entenderse que el matrimonio subsiste cuando no ha sido observada dicha prescripción legal.

La *Lex Iulia et Papia* *prohíbe a la liberta divorciarse del propio patrono contra la voluntad de éste* -***invito patrono***-, conminando con la pérdida del ***connubium*** a quien tal haga. Esta sanción es interpretada por los compiladores justinianeos en el sentido de considerar ineficaz el divorcio cuando falta la voluntad del patrono.

Hacia fines de la República fue concedida a las mujeres la posibilidad de divorciarse del marido, obligándola a declararlas libre.

En la época postclásica bajo el influjo de los dogmas cristianos sobre la indisolubilidad del matrimonio, el matrimonio romano se configura de un modo distinto; ciertamente que las normas imperiales no van tan lejos como la *doctrina de los Padres de la Iglesia*, declarando el *matrimonio indisoluble*, la legislación un tanto oscilante desde CONSTANTINO, permite el divorcio solamente por causas determinadas (por regla general por faltas graves del otro cónyuge) y castiga el divorcio inmotivado con penas que se hacen efectivas en la dote y en las donaciones matrimoniales; además se dificulta la celebración de ulteriores matrimonios. JUSTINIANO ***en sus Novelas***, establece para la *mujer que se divorcia sin motivo, la pena de su reclusión en un claustro*, unida a pérdidas patrimoniales a favor de los hijos, de los padres o del claustro. Más tarde se extienden estas consecuencias de orden penal al divorcio debido a iniciativa marital cuando este divorcio carece de justa motivación.

Dentro del régimen justinianeo hay que distinguir cuatro figuras de divorcio:

1° ***Divortium es iusta causa***, esto es, motivado por la culpa de la otra parte, en cuanto reconocida por la ley. Son ***iustae causae***: 1° la maquinación o conjura contra el emperador, o también su ocultación; 2° el adulterio declarado de la mujer; 3° las malas costumbres de la mujer; 4°

el alejamiento de la casa del marido; 5° las insidias[303] al otro cónyuge; 6° la falsa acusación de adulterio por parte del marido; 7° el lenocinio intentado por el marido; 8° el comercio asiduo del marido con otra mujer, dentro o fuera de la casa conyugal.

2° ***Divortium sine causa***, cuando se produce como acto unilateral no justificado por la ley.

3° ***Divortium communi consensu***, es decir, por el simple acuerdo común.

4° ***Divortium bona gratia*** o divorcio fundado en una causa no proveniente de culpa del otro cónyuge: *impotencia incurable, voto de castidad, cautividad de guerra.*

Tratándose de divorcio ***ex iusta causa*** el cónyuge culpable es castigado en la *pérdida de la dote* o de sus derechos sobre ella y de la *donación nupcial*, y, si ni una ni otra se hubiese constituido, con la de una cuarta parte de los bienes. Además, cabe forzarle a que se retire a un convento.

Iguales penas se aplican al que se divorcia ***sine causa*** y a ambos cónyuges en el ***divortium communi consensu***. JUSTINO II, sucesor de Justiniano, *declara libre de toda sanción al divorcio por mutuo consentimiento.*

La reacción del nuevo espíritu cristiano no llega a borrar el concepto romano del matrimonio ni del divorcio; en ciertos casos el divorcio es considerado ilícito pero nunca se declara su invalidez.

10. LEGISLACIÓN MATRIMONIAL DE AUGUSTO

Al asumir el poder después de la muerte de Julio César, AUGUSTO reglamentó muy detalladamente algunas cuestiones relativas al matrimonio y sus efectos.

De esta manera *estableció un sistema de premios o incentivos para aquellas personas casadas y con hijos, así como sanciones para los solteros y para los matrimonios sin hijos*, todo esto con el fin de resolver el problema demográfico de la disminución de la población romana en los últimos siglos de la República, época de luchas, tanto internas como externas que habían diezmado al pueblo -***Lex Iulia de Maritandis Ordinibus***- del año 18 a.C.

Encontramos estas disposiciones principalmente en dos leyes, una ***Ley Iulia*** y en la ***Lex Papia Poppea*** que disponían entre otras cosas, por ejemplo que las mujeres ingenuas que tuvieran 3 hijos y las libertas que tuvieran 4 fueran dis-

[303] ***Insidia***.- Asechanza, engaño o artificio para hacer daño a otro; ofrece especial importancia respecto a los delitos contra las personas, estafa, falsificación, falsedad.

pensadas de la tutela perpetua a la que estaba sometida la mujer; esto es el ***ius liberorum***.

También se dispuso que los matrimonios que no tuvieran hijos no pudieran gozar de las liberalidades que se les otorgaban por testamento, en cuyo caso esos bienes caían o caducaban, y pasaban a otros herederos, de aquí que esta legislación de Augusto también se conoce con el nombre de ***legislación caducaria***.

11. SEGUNDAS NUPCIAS

La disolución del vínculo matrimonial por cualquier causa no impedía a los cónyuges pasar a *segundas nupcias*, sólo la mujer tenía que guardar un tiempo de luto de 10 meses, y de un año en el derecho postclásico, con el fin de dar certeza a la paternidad, *evitando la* ***turbatio sanguinis***.

Sin embargo, el derecho romano se caracterizó siempre por mirar con poca estima al cónyuge bínubo, especialmente a la mujer. Pasado el tiempo de Augusto, que en toda forma favoreció a los matrimonios, los emperadores volvieron a la antigua tradición romana. Así, ALEJANDRO SEVERO *prohibió a la viuda que pasaba a segundas nupcias a educar a sus hijos*. Por su parte, TEODOSIO II y VALENTINIANO III restringieron el derecho de los viudos en cuanto a la disposición de los bienes de sus ***filii***. Establecieron además, que el cónyuge que contraía segundo matrimonio sólo conservaba el usufructo de los bienes del consorte premuerto, quedando la nuda propiedad para los hijos.

12. EL CONCUBINATO

Es una unión marital de orden inferior al ***iustum matrimonium***, pero al igual que éste es de carácter monogámico y duradero, de igual modo reconocido por la ley, siendo totalmente diferente de cualquier relación de carácter pasajero, las cuáles eran consideradas ilícitas.

Esta especie de matrimonio nació como consecuencia de la prohibición de realizar ***iustae nuptiae*** cuando existía desigualdad de condición social entre los futuros cónyuges.

Su reglamentación data de la época de Augusto y sólo estaba permitida entre personas púberes y solteras, estando prohibida entre personas con algún grado de parentesco, al igual que sucedía con el matrimonio legítimo.

Según PAULO sólo se podía tener una concubina y siempre y cuando no existiese mujer legítima; es decir, que esta unión es también monogámica, con la salvedad de que si un ***filiusfamilias*** llevaba a cabo una unión de este tipo, no era necesario el consentimiento del ***pater***, ya que la mujer no entraba a formar

parte de la familia agnática del marido, y los hijos nacidos de esta unión seguían la condición de la madre y no la del padre, no pudiendo éste, por tanto, ejercer la patria potestad. Consecuentemente los hijos nacían ***sui iuris***.

Este tipo de unión fue frecuente entre funcionario de provincia (ciudadano romano) y una mujer de dicha provincia. A partir de CONSTANTINO, el padre podía legitimar a los hijos y con JUSTINIANO se reconoce ciertos derechos a herencia paterna, permitiéndose también que el concubinato se convirtiera en matrimonio legítimo.

13. CONTUBERNIO

Se llamaba así aquella unión de carácter marital existente entre esclavos o entre un libre y un esclavo.

No tenía consecuencias jurídicas de ninguna especie y los hijos nacidos de tal unión seguían la condición de la madre no reconociéndose ningún parentesco de carácter agnático, *sino únicamente un parentesco natural llamado* ***cognatio servilis*** *existente entre padres e hijos por un lado, y hermanos y hermanas por otro*; esto con el objeto de que si llegaban a adquirir la libertad, no se podía celebrar una unión matrimonial entre personas parientes en estos primeros grados, debido a estar en contra de la naturaleza.

14. RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

Según JUAN IGLESIAS, en el curso histórico del Derecho Romano es dable distinguir tres regímenes matrimoniales de bienes: el régimen de absorción, propio del **matrimonio "*cum manu*"; el régimen de separación, *en el matrimonio libre o "sine manu"***, y el régimen dotal[304].

1. ***Régimen de Absorción de Bienes***.- Si el matrimonio va acompañado del ejercicio de la ***manus*** sobre la mujer, los bienes de ésta pasan a engrosar el patrimonio del marido. De igual modo, se hacen del marido los bienes que por cualquier título adquiera la mujer durante el matrimonio. La ***uxor in manu*** es considerada como una ***filia***.

   Refiere RODOLFO ARGÜELLO, que cuando por el matrimonio el marido adquiría la potestad marital sobre la esposa, todos los bienes que ésta poseía, si era *sui iuris*, pasaban a aquél, del mismo modo que las adquisiciones que realizara se hacían propiedad del cónyuge, porque la mujer sometida a la ***manus maritalis*** era patrimonialmente incapaz. A la muerte del esposo le sucedía como si fuese una hija, y los derechos

[304] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 498.

sucesorios en su familia de origen se extinguían al ingresar en la de su cónyuge[305].

En la conventio in manu hay que distinguir:

a) Si la mujer ha sido ***filiafamilias -alieni iuris-***, y como tal carente de capacidad patrimonial, lo es también cuando pasa a ser como ahora ***-uxor in manu-***; se opera un cambio de titular del poder, pero la mujer no adquiere por ello capacidad patrimonial.

b) Si hasta el matrimonio había sido ***sui iuris***, pierde al celebrarlo capacidad patrimonial y su patrimonio todo pasa a poder del marido.

2. ***Régimen de Separación de Bienes.***- Tratándose de ***matrimonio "libre"***, la ***sine in manum conventione uxor*** conserva, siempre que sea ***sui iuris***, la propiedad de los bienes llevados al matrimonio, así como hace suyos los adquiridos durante él por herencia, legado, donación, etc., o por su propio trabajo. Tales bienes puden ser administrados por la propia mujer, la cual, por lo demás, dispone de ellos con entera libertad[306].

   La celebración del matrimonio no altera la pertenencia del patrimonio del marido y de la mujer ni los respectivos derechos de disposición de éstos sobre el mismo. Cada uno de los cónyuges conserva su patrimonio que responde por las propias deudas.

   El marido no tenía facultad alguna sobre los bienes propios de la esposa, y si ésta le encargaba la administración, actuaba en carácter de *mandatario*. Estos bienes confiados a la administración marital se llamaban ***extradotales*** según la terminología clásica, o ***parafernales***. En cuanto a los bienes parafernales, el marido debió actuar en todo de acuerdo con las *instrucciones dadas por la esposa*, quedando responsable de la pérdida que pudiera acaecer, si hacía un uso no autorizado de ellos. *Disueltas las nupcias, el marido estaba obligado a restituir los bienes parafernales*, disponiendo la mujer a tal respecto la ***reivindicatio*** o de la ***condictio***[307].

---

[305] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 398.

[306] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 498.

[307] En la época postclásica por influencia griega se crean esta clase de *bienes llamados parafernales* (***parapherna***), que integraban el patrimonio privativo de la mujer. Si se les había entregado en custodia a su marido, podía exigir su devolución por medio de la ***reivindicatio*** o por la ***actio furti*** (en caso de hurto), o por la ***actio depositi*** (en caso de custodia infiel) o por una ***condictio*** (si se las había transferido en propiedad).

En la época imperial se prohibió que el marido administrara estos bienes parafernales si no contaba con una autorización expresa de su esposa. Y Justiniano le dio su

Estos principios generales relativos al derecho matrimonial de bienes se modificaron profundamente con la institución de *la dote*, que constituyó la columna vertebral del sistema patrimonial del matrimonio romano.

15. LA DOTE

Se designa con el nombre de dote (***dos*** o ***res uxoriae***) el conjunto de bienes o cosas particulares que la mujer, u otra persona por ella, entrega al marido con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales -***ad sustinenda onera matrimonii***[308].

La obligación de dotar en la época clásica, pesa sobre quien tiene la potestad sobre la mujer, sobre ésta misma y sobre sus más próximos parientes, como un importante deber moral. Solamente JUSTINIANO transforma en deber jurídico esta obligación moral en los casos del paterfamilias, del padre de la mujer excepcionalmente la madre.

La dote alcanzó gran difusión en la sociedad romana, que consideraba un deshonor para una mujer recurrir indotada al matrimonio. Había surgido como consecuencia del carácter del **matrimonio *cum manu***, que al hacer que la mujer perdiera sus derechos hereditarios de su familia de origen, justificaba la entrega a ella de bienes como un anticipo de herencia. Posteriormente con la vigencia del **matrimonio *sine manu***, la dote significó una aportación de la mujer para contribuir al sostenimiento de los ***onera matrimonii*** (gastos del matrimonio); la dote perseguía de servir al sostenimiento de las cargas matrimoniales, siendo obligación del marido de restituir la dote en caso de disolución del matrimonio.

El objeto de la dote puede ser una cosa cualquiera que tenga valor patrimi-nial: cosas corporales, derechos reales, créditos, remisión de deuda, etc. Según la índole del objeto de la dote.

Constitución de la dote.- Cabe constituir la dote por la entrega efectiva e inmediata de los bienes que la integran, o por la obligación, contraída mediante negocio jurídico, de entregarlos. La primera forma, es decir, la de constitución real, se llama ***dotis datio***, y se cumple a través de los acostumbrados modos de transmisión (de la propiedad y demás derechos reales). Puede ser constituyente cualquier persona, de la cual la recibe el marido o alguien en quien éste delega -***delegatio dandi***.

---

administración al marido, pero a título de *representante de la mujer*.- BERNARDO NESPRAL, *El Derecho Romano en el siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza Argentina, 2002, pg. 484.

[308] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 500.

La constitución tiene lugar de **dos formas**: ***dictio dotis*** y ***promissio dotis***. La ***dictio dotis*** es típica, y se sustancia en una declaración solemne del constituyente, que sólo puede ser la mujer misma, si es ***sui iuris***, o el padre, o el abuelo paterno, o un deudor de la mujer, que intervenga por mandato de ésta. La ***promissio dotis*** es una promesa de dote en la forma de la ***stipulatio***.

Una Constitución de TEODOSIO II otorgó validez a la convención privada de forma -***pollicitatio dotis***. En el derecho justinianeo se admite también la constitución tácita de dote, que se produce cuando la mujer, luego de divorciada, vuelve a contraer matrimonio con el antiguo marido, sin haber obtenido la restitución de la que le fuera conferida a éste con ocasión de las primeras nupcias.

En la última época lo corriente es que se recurra al documento -*instrumentum dotale*- para la constitución de la dote[309].

La dote durante el matrimonio.- La dote jurídicamente considerada, pertenece en propiedad al marido, o al que ejerce sobre él, si es *filius*, ***la patria potestas***.

Presupuesto fundamental de la dote era un matrimonio civilmente válido. Celebradas las nupcias la dote constituida con anterioridad, pasaba a propiedad del marido, correspondiendo a la constituyente una ***condictio*** para el caso de que el matrimonio no se realizara.

En la concepción romana originaria la dote era propiedad del marido y la mujer no tenía derecho alguno sobre ella pero estaba afectada al destino convenido.

La pertenencia especial de la dote a la mujer va apareciendo en la legislación romana en algunos aspectos que restringen la propiedad del marido. Así con la ***Lex Iulia de adulteris***, del año 18 a.C., se prohibió al marido que enajenase sin el consentimiento de la mujer, los fundos itálicos dados en dote, así como que los gravase con prenda. Igualmente se hacía responsable el marido por la pérdida de las cosas dotales, por fin se reconoció a la mujer el derecho de recuperar la dote al producirse la disolución del vínculo conyugal[310].

Restitución de la dote.- Disuelto el matrimonio, es obligada la restitución de la dote. A tal fin, **existen en la época clásica dos acciones: la *actio ex stipulatu*** si media promesa restitutoria del marido, en la forma de ***stipulatio***, y la ***actio rei uxoriae***, si no se ha celebrado ésta.

En caso de muerte de la mujer, por regla general, la dote corresponde al marido.

[309] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 501 y 502.
[310] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 399 y 400.

En caso de deterioro o pérdida de la dote, el marido responde por dolo y culpa. Si el marido aceptó la dote estimándole en un cierto valor, con la facultad de una vez disuelto el matrimonio abonar el importe de la estimación en lugar de restituir la dote, asumirá el marido el riesgo de ésta y responderá aún en el caso de pérdida por caso fortuito.

En el período postclásico al tratar del derecho a la restitución se pone aún más de relieve la finalidad de la dote, de servir una vez disuelto el matrimonio, como medio de subsistencia para la mujer; juntamente se conserva para los hijos. El marido retiene la ***dos*** solamente cuando la mujer es culpable del divorcio o se separa sin motivo del marido. Además cuando se hubiera convenido así.

16. DONACIONES MATRIMONIALES. "ANTE NUPTIAS Y PROPTER NUPTIAS"

Es frecuente en Roma que el novio haga donaciones a la novia con ocasión de los esponsales, pero ni revisten gran importancia desde el punto de vista patrimonial o económico, ni adquieren significación alguna en lo jurídico.

La llamada *donación matrimonial* es una donación hecha por el futuro marido a la mujer, donación cuya validez depende jurídicamente de la celebración y subsistencia del matrimonio. Es desconocida en el derecho clásico, aparece en la época postclásica, proveniente de los derechos orientales, ofrece variadas formas. En JUSTINIANO viene a ser como una contrapartida de la dote, y en el tardío derecho de Occidente corre parejas con ésta, constituyendo con ella una unidad.

La donación matrimonial, por efecto de la prohibición de las donaciones entre cónyuges, debe tener lugar antes del matrimonio o ser prometida. Por esta razón es llamada ***donatio ante nuptias*** (***donatio esponsalicio***). En el siglo IV se configura el negocio como un tipo especial de donación hecha por el futuro marido a la mujer, donación que adquiere singular importancia al disolverse el matrimonio, porque como la dote está destinada a constituir una reserva a favor de la mujer y de los hijos.

JUSTINIANO permite que la donación se efectúe después de celebrado el matrimonio y la configura como ***donatio propter nuptias***, independiente de las demás donaciones, para las que continúa rigiendo la prohibición. Para asegurar una reserva a favor de la mujer, después de disuelto el matrimonio, la donación matrimonial ofrece el carácter de una ***contradote***, y está sometida a las normas reguladoras de la dote[311].

[311] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 403 y 404.

17. DONACIONES ENTRE CÓNYUGES

Dentro de las reglas que se refieren al derecho patrimonial del matrimonio romano, es de suma importancia la que consagra la prohibición de las donaciones entre cónyuges (***donatio inter virum et uxorem***), que al decir de las fuentes se estableció para evitar que se pusiera precio al afecto conyugal y por el peligro de que el amor pudiera inducir al cónyuge más generoso a desprenderse de sus bienes en beneficio del otro.

Esta prohibición habría afectado en principio a los matrimonios ***sine manu***, entroncando con la idea de que las nuptias no debían producir una transmisión patrimonial de la familia de la mujer a la de su esposo. En tiempo de las leyes matrimoniales de Augusto, se añade que los cónyuges que vivían en matrimonio prohibido o estéril no podían, mediante donaciones, eludir las restricciones que dichas leyes establecían para aquellos matrimonios en orden a las adquisiciones hereditarias.

El rigor del principio, sin embargo, fue atenuado y la jurisprudencia llegó a admitir la validez de las donaciones que no importaran un enriquecimiento para el donatario, como las que se hacían para procurar sustento a alguno de los esposos o motivadas en deberes sociales[312].

[312] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 404 y 405.

Capítulo III
REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES

1. TUTELA Y CURATELA

En Roma las personas que gozaban de plena capacidad jurídica o de derecho, esto es, los sujetos libres, ciudadanos y *sui iuris*, podían hallarse imposibilitados de ejercer por sí mismas los derechos de que eran titulares. En tales casos, a fin de no hacer ilusorio el ejercicio de los negocios patrimoniales, el derecho romano admitió que los incapaces de hecho o de obrar tuvieran representantes legales o necesarios que suplieran su incapacidad.

La incapacidad de una persona *sui iuris* puede obedecer a cualquiera de las siguientes causas:

Por falta de edad.

Por razón del sexo.

Por alteraciones de las facultades mentales.

Por prodigalidad.

En los dos primeros casos nos encontramos con la *tutela*; en los otros dos con la figura de la *curatela*.

TUTELA

La palabra tutor procede de "***tueri***" que significa proteger. *En el Digesto de* JUSTINIANO, *en un fragmento de* PAULO, este autor afirma que SERVIO SULPICIO RUFO define la tutela como "*el poder dado y permitido por el derecho civil, sobre una cabeza libre a efecto de protegerlo en virtud de que a causa de su edad no pueda defenderse por sí mismo*" (***vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum***

(*eamve*) ***qui propter aetatem*** (***vel sexum***) ***sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa***; Inst. 1. 13. 1; **Paulo**, D. 26. 1. 1 pr.)[313].

El poder del tutor no es una potestad, pues aquél difiere de ésta, porque el pupilo sometido no queda menos ***sui iuris***; el tutor no tiene ni derecho de corrección ni autoridad sobre su persona, y su poder cesa con la llegada del menor a la pubertad.

La tutela estaba considerada como una *carga pública* -***manus publicum***-, y para desempeñarla era necesario ser libre, ***civis*** y *del sexo masculino. Estaban sometidos a este poder los impúberes y las mujeres sui iuris*[314].

2. TUTELA DE LOS IMPÚBERES.-*TUTELA IMPUBERUM*

Están bajo tutela los impúberes, sin distinción de sexo, llamados **pupilos** (***pupilli***) o las mujeres romanas; algunos autores suponen que pudieran ser éstas el motivo de la institución de la tutela, porque al designarlas expresamente se añade que comprende también a las que han pasado de la edad de la pubertad[315]

La función primordial del tutor era el buen manejo de la fortuna del pupilo y no la de ocuparse de forma directa de su guarda y educación. La educación es confiada a la madre como regla general. Por tal razón debía efectuarse un inventario de los bienes pertenecientes al pupilo -***patrimonio pupilar***-, para que con base en el mismo, le fueran restituidos.

Requisitos del Tutor.- Por regla general no se exigía condiciones especiales para ser designado tutor siempre que fuera *jefe de familia, hombre libre y ciudadano romano.*

Sin embargo, dado a la importancia y responsabilidad que el cargo implicaba, con el tiempo se fueron fijando condiciones más estrictas:

a) *Ser jefe de familia (sui iuris).*

b) Ser hombre libre.

c) Ciudadano romano.

d) Ser varón (las mujeres estaban excluidas)

e) Mayor de 25 años.

f) Estar sano mental y físicamente.

---

[313] DI PIETRO, Alfredo; op. cit.pg. 331

[314] VENTURA SILVA, Sabino; op.cit. pg. 144.

[315] GUSTAVO HUGO; op. cit. pg. 69

g) No ejercer funciones de alta responsabilidad (monjes, obispos, militares).

h) No tener ni haber tenido enemistad con el padre del futuro pupilo.

i) No ser acreedor o deudor del pupilo.

j) No haber sido excluido por el padre en el testamento y

k) Mantener buena conducta.

Clases de Tutela.- Atendiendo a la manera de designarse al tutor, la tutela se clasifica en:

Tutela Testamentaria.- Es aquella por la cual el ***paterfamilias*** nombraba un tutor en su testamento para sus hijos impúberos, los que se convertían en ***sui iuris*** al morir el ***paterfamilias***. Esta forma de delación en la tutela lo encontramos reglamenta en la Ley de las XII Tablas, en donde se le permite al *paterfamilias* no solamente elegir a su heredero sino también el designar al tutor de su hijo en su testamento. Este tutor se denomina ***tutor testamentarius***.

En la época clásica este atributo de autoridad paterna de nombrar tutor, se amplió, tomándose en cuenta la calidad de ascendiente o los sentimientos de afecto del testador, de acuerdo a los siguientes principios:

a. Cuando el padre nombraba un tutor al hijo emancipado, el magistrado debía de confirmar este nombramiento, sin necesidad de investigación alguna (D. 26. 3. 6)
b. si el nombramiento era hecho por la madre, el magistrado debía informarse sobre la honradez y habilidad del tutor para confirmar el nombramiento (D. 26. 3. 2. 3), y
c. Si el nombramiento es hecho por el patrono o por un extraño, el magistrado debía de informarse acerca de la honradez y habilidad del tutor y siempre que el impúber no teniendo más fortuna, hubiese sido designado heredero por el testador, se confirmaba el nombramiento (D. 26. 3. 4)[316].

GAYO señala que el tutor debe ser designado por su nombre, en forma imperativa y podía ser antes de la designación de heredero. La fórmula más correcta para dar un tutor es la siguiente: "*Doy a Lucio Ticio por tutor de mis hijos*" o "*Que Ticio sea tutor de mis hijos*"[317].

---

[316] SÁENZ GÓMEZ, José María; op. cit. pg. 223.

[317] GAYO, I. 149.

El ***paterfamilias*** sólo puede nombrar tutores testamentarios a los que por derecho puede instituir como herederos, por lo que se excluye a los peregrinos, dediticios, latino junianos y a los esclavos.

Tutela Legítima.- Es aquella que por disposición de la Ley de las XII Tablas se le otorgaba al agnado más cercano del impúber o a falta de éste a los gentiles, siempre y cuando no existiera tutela testamentaria. GAYO señala que "cuando la tutela corresponde a los agnados, no pertenece a todos ellos al mismo tiempo, sino a aquellos que están en el grado más próximo..." (G. I. 164.). Posteriormente en el derecho justinianeo correspondió la tutela al pariente más cercano, sea agnado o cognado.

A esta tutela la conocemos con el nombre de legítima, y el *tutor legal* se denomina ***tutor legitimus***, puesto que corresponde por disposición de la ley al pariente más cercano por vínculo agnaticio: al hermano, tío, etc. Si no hay agnados se llama a los gentiles o a los patronos. La tutela de los gentiles desaparece a comienzos de la República, la gens no desempeña la tutela colectivamente, sino que ésta se confía a uno de los gentiles. *En la época postclásica sustituyen a los agnados los parientes consanguíneos -**cognados***. La tutela legal se difiere ***ipso iure***, cuando hay un impúber ***sui iuris*** que carece de tutor no necesita nombramiento. La tutela legítima está vinculada estrictamente a la persona y por esta razón goza de escasa simpatía.

Encontramos otros tipos de tutela legítima, como la del patrono y sus hijos, la del ascendiente emancipador y la fiduciaria, que pretendían resolver algunos casos implícitos en la ley[318]:

a. ***Tutela legítima del patrono.*** En la cual los libertos o esclavos manumitidos tienen por tutor a su patrón y a la muerte de éste, a sus descendientes.
b. ***La tutela del ascendiente emancipador.*** Era la que se reservaba al ascendiente al emancipar a su hijo, y
c. ***La tutela fiduciaria.*** Que se daba a los terceros que habían intervenido en la emancipación, al realizar la tercera *manumisión* de acuerdo al derecho clásico y desde la época del Emperador Justiniano a los hijos agnados del paterfamilias emancipador, cuya tutela sobre sus antiguos hermanos es denominada *tutela fiduciaria*.

El tutor legítimo no podía ser removido de la tutela ni le era permitido renunciar a la misma. Si no quería ejercer esta función podía transferirla a un tercero por medio de la ***in iure cessio tutelae***.

[318] SÁENZ GÓMEZ, José María; op. cit. pg. 224.

Tutela Dativa.- Si no existiese ningún agnado del pupilo, el magistrado sería el encargado de nombrar un tutor, ***tutor aquilianus***, a esta tutela se le conoce con el nombre de dativa.

La designación de tutor por magistrado se halla establecida por la ***Lex Atilia*** del año 210 a.C., según esta ley es competente para nombrar tutor en Roma el ***Praetor Urbanus*** y la mayoría de los ***Tribunos de la Plebe***; en las provincias ***ex lege Iulia et Titia*** del siglo 1 a.C. el ***Gobernador***. En Roma a partir del emperador CLAUDIO también compete a los ***Cónsules*** y desde MARCO AURELIO a un especial ***Praetor Tutelarius*** (más tarde ***Tutelaris***). En el período postclásico (en general) al ***Praefectus Urbi***, con la intervención de 10 senadores y del ***Praetor Tutelaris***.

De estos tres tipos de tutela, la primera es la más importante y excluye automáticamente a las demás, así como también la tutela legítima excluirá a la dativa.

En el caso de existir tutor nombrado por testamento, el paterfamilias que lo hubiese designado podría proveer la situación de la falta de tutor por algún motivo, y para evitar que se tuviese que recurrir a la tutela legítima se podrían nombrar varios tutores, uno en sustitución de otro.

Se podría también presentar la situación de la existencia de pluralidad de tutores que desempeñan conjuntamente la función.

Objeto de la tutela.- El tutor se ocupa de la fortuna del pupilo, no así de su educación y su salud, por lo que era generalmente el pretor quien designaba a la persona destinada a educarlo, y quien fijaba la cantidad necesaria para ello, tratándose normalmente de uno de los parientes más cercanos del impúber. *El tutor debía completar la personalidad jurídica del impúber y administrar el conjunto de su patrimonio.*

Requisitos para ejercer la tutela:

1. Debía el tutor *realizar un inventario de los bienes del pupilo*, con el objeto de garantizarle la restitución de sus bienes al término de la tutela. En caso de no hacerlo sin causa justificada, se le consideraba culpable de fraude; no cabía excusa de ninguna naturaleza para no haberlo efectuado y, en consecuencia, estaba obligado a indemnizar al pupilo -***pupillus***- de los posibles daños ocasionados. *El deber fundamental del tutor era conservar intacto el patrimonio del pupilo.*
2. Ciertos tutores debían de proporcionar la ***satisdatio*** que consistía en la *promesa hecha por el tutor al pupilo de conservar intacto su patrimonio* y de presentar fiadores solventes que adquieran el mismo compromiso, garantizando su actuación a través de una fianza que sólo se exigía al

tutor legítimo, en virtud de que el tutor testamentario y el dativo eran perfectamente conocidos e investigados.

3. El emperador JUSTINIANO exige que el tutor manifieste si es deudor o acreedor del pupilo, pues en caso de serlo, lo excluye de la tutela[319]. *El tutor no podía ser acreedor ni deudor de su pupilo* y si esta circunstancia se diese, no al principio de la tutela sino durante ella, debería de renunciar al cargo. En caso de no hacerlo perdería su crédito o bien no se le reconocía como acreedor de la deuda.

Al ejercer la tutela, el tutor se encontraba con una serie de *restricciones*. En primer lugar, el no poder efectuar ninguna donación en nombre del pupilo inclusive no podría dar la dote a ninguna mujer miembro de la familia; también no se le permitía enajenar ningún predio rústico o urbano, salvo si era necesario y conveniente para pagar deudas urgentes del pupilo, en cuyo caso se debería dar aviso al magistrado, a efecto de que éste designase que bien se debería enajenar.

A partir de la época de CONSTANTINO esta misma prohibición se presenta con respecto a los predios urbanos y a toda clase de inmuebles y muebles de valor.

Finalmente en ningún caso, el tutor puede hacer uso personal de las rentas o capital que administra, es más, si no invertía debidamente el patrimonio administrado, debía pagar intereses procedentes de su propio patrimonio.

Funciones del tutor.- En el desempeño de sus funciones, el tutor debe realizar todos los actos jurídicos necesarios para la administración de los bienes del pupilo pudiendo darse dos situaciones: ***La gestio negotiorum***, que el tutor obre en representación del pupilo o ***la auctoritas tutoris***, el pupilo actúa con la autorización del tutor.

La gestio negotiorum no requería la presencia del pupilo y era el tutor quien se constituía en propietario, acreedor o deudor según el caso y de acuerdo a los principios de la *representación indirecta* reconocidos por el Derecho Romano.

La auctoritas tutoris, consistía en la asistencia que realizaba el tutor para el pupilo cooperando con él para que pudiera realizar un *negocio jurídico* dotado de plena validez jurídica, el tutor con su presencia complementaba la deficiente capacidad del pupilo y su personalidad para que pudiera contratar.

---

[319] SÁENZ GÓMEZ, José María; op. cit. pg. 226.

La auctoritas lo dará el tutor en aquellos casos en los cuales el pupilo tenga más de 7 años, o sea *que no se trate de un infante* sino, al decir de los romanos, de un ***maior infantia. La gestio negotiorum***, se daba en caso de ser el pupilo un ***infans***, esto es entre el nacimiento y los 7 años, y ***la auctoritas*** en los casos de ***maior infantia***, es decir, entre los 7 y 14 años.

Extinción de la Tutela.- Las causas por las cuales se podía poner término a la tutela eran de dos tipos: 1. Por razones que atañen directamente al pupilo y 2. Por causas relacionadas con el tutor.

Entre las primeras podía ocurrir por *haber llegado el pupilo a la pubertad*, por muerte, o por cualquiera de las *capitis deminutio;* si era mínima estaría frente a la adrogación.

En el segundo caso figuran: *muerte del tutor*, la *capitis deminutio*, la existencia de una excusa para seguir desempeñando el cargo encomendado, conseguir ser relevado de la tutela, o bien por ser destituido.

Al término del desempeño de su cargo, el tutor deberá en todos los casos *rendir cuentas al pupilo* en relación con los bienes cuya administración le fue encomendada; tal obligación estaba sancionada por la ***actio tutelae***, y en caso que ésta no fuera correcta o faltasen bienes, tendría que cubrir el doble de su valor.

El tutor tenía la obligación de *rendir cuentas bajo inventario* en relación con el efectuado al principio del desempeño de sus funciones, en ese momento el pupilo era asistido por un *curador* -***curator***-.

La legislación postclásica inspirándose en modelos helenísticos *permite que las mujeres sean tutoras*, primeramente la madre cuando es viuda y se obliga a no contraer nuevo matrimonio. JUSTINIANO, *llama a la tutela a la madre y a la abuela como tutoras legales con preferencia a los colaterales.*

3. TUTELA DE LAS MUJERES.-*TUTELA MULIERUM*

La mujer en principio, estará siempre bajo la tutela de una persona, puesto que su capacidad estaba limitada para llevar a cabo determinados actos. La *tutela perpetua de las mujeres* podía pertenecer a cualquiera de los tres tipos que conocemos: *tutela testamentaria, tutela legítima* o *tutela dativa.*

La función del tutor se limita a la interposición de la ***auctoritas*** con el objeto de dar validez a determinados actos importantes: como el de enajenar una ***res mancipi***, designar herederos por testamento, manumitir esclavos y en general realizar negocios que se encuentran regulados por el derecho civil. La mujer púber bajo tutela podía actuar por su cuenta para enajenar la ***res nec mancipi***, prestar dinero y hacer o recibir un pago.

La tutela de las mujeres caerá en desuso en el período Imperial. *En la época de* AUGUSTO, se le concede el ***ius liberorum***, es decir que la mujer ***sui iuris*** queda liberada de tener que ser representada por un tutor, *este derecho se concedía a las mujeres ingenuas que tuvieran 3 hijos y a las manumitidas que tuvieran 4 hijos*[320]. *El* ***ius liberorum*** *fue creado por las* ***Leyes Julia et Pappia Poppea.***

En el siglo V de nuestra era, esta institución desaparece de forma definitiva, pues hacía muchísimas décadas que de hecho no se llevaba a cabo. ***La Tutela Mulierum desaparece con*** JUSTINIANO.

4. FIN DE LA TUTELA

La tutela cesa:

1°. Por la muerte de una de las partes; sin embargo, sucede muchas veces que el hijo del tutor legítimo viene a ocupar su puesto.

2°. Por ***capitis diminución*** máxima y media de una de las partes.

3°. Por la ***capitis diminución mínima*** (***minima capitis diminutio***) del tutor legítimo o del tutor dativo; sin embargo, en este caso no puede haber más que una ***in manus conventio***; pues que es imposible que una impúber o una mujer sea una persona completamente libre.

4°. Por la pubertad del *pupilo varón*, lo que depende únicamente del desarrollo más o menos rápido del individuo, en razón del cual toma la *toga civil.*

5°. Por abdicación, cuando tiene lugar., o por cesión, cuando es lícita.

6°. En fin por la remoción del tutor. Podía exigirla cualquier romano, con tal que alegase motivos que hicieran a aquel sospechoso (***suspecti crimen, suspectus tutor***)[321].

5. CURATELA

Se llama curatela a la *representación legal de los incapaces mayores de edad.* Según la Ley de las XII Tablas caían bajo el régimen de la curatela los locos (***furiosi***) y los pródigos; con posterioridad también se nombraron curadores para sordomudos y enfermos mentales -***mente captus***-: imbéciles e idiotas.

Además se le nombra un curador, en todos los casos a aquellas personas ***sui iuris*** menores de 25 años pero mayores de 14 años; es decir a aquellos individuos que por razón de pubertad ya no estuvieran bajo el régimen de tutela.

---

[320] Y a partir de una Constitución de Honorio y Teodosio del año 410 d.C. a todas las mujeres.

[321] GUSTAVO HUGO; op. cit. pg. 71 y 72.

En algunos casos especiales se nombra un curador para el pupilo bajo tutela cuando éste tenía que recibir las cuentas del tutor.

El curador estaba encargado de administrar los bienes del pupilo, o bien de dar su consentimiento a aquellos actos celebrados por el menor de 25 años.

6. CURATELA DE LOS FURIOSI.- *CURA FURIOSI*

Los ***furiosi sui iuris*** y púberes estaban siempre sometidos a la institución de la *curatela*. Ésta podía ser de tres tipos: *Curatela testamentaria, legítima* o *dativa*, rigiendo en ellas las mismas características que para la tutela.

En caso de lucidez de los ***furiosi***, la curatela se interrumpía mientras duraba su lucidez.

Según la **Lex de las XII Tablas** el poder de asistencia y cuidado sobre los enfermos mentales y su patrimonio corresponde primeramente a los *agnados más próximos*, y en defecto de agnados a los gentiles.

El Curator furiosi (como el ***tutor impuberis***) tenía que cuidar de la persona del sometido a su curatela y administrar el patrimonio de ésta. *Como fiduciario se llamaba **domini loco***. En tiempo de JUSTINIANO el curador está obligado a prestar garantía y hacer inventario del patrimonio del sometido a curatela. A favor de éste se da la *hipoteca general y legal* sobre los bienes del curador.

7. CURATELA DE LOS PRÓDIGOS.- *CURA PRODIGI*

Se entiende por pródigo a aquella persona que sin causa justificada dilapida el patrimonio de su familia heredado de sus antecesores o ancestros, y que correspondía a todo el núcleo familiar aunque el paterfamilias fuese el único que estuviese en posibilidad de administrarlo. Cuando se presentaba esta circunstancia, los afectados podían solicitar al magistrado que se declarara en estado de ***interdicción*** y quedaba automáticamente bajo la *curatela de los agnados.*

La curatela se inicia en el momento en que por medio de un *decreto del magistrado* se declara el estado de interdicción, que la prodigalidad no es un hecho natural de incapacidad.

El curador no tiene derecho alguno en la persona del sometido a curatela. Su poder de protección se reduce a la administración del patrimonio, limitada primeramente a los bienes heredados ***ab intestato***, después a los adquiridos por testamento y más tarde extendida a la totalidad del patrimonio.

El curador tenía la naturaleza de administrador y por lo tanto, en este caso también tenía que rendir cuentas.

La curatela cesaba también por decreto del magistrado en el que se manifestase la enmienda del pródigo.

8. CURATELA DE LOS MENORES DE 25 AÑOS.- *CURA MINORUM*

Como consecuencia de que las facultades intelectuales del individuo son más lentas en su desarrollo que las facultades físicas, se consideró que aquel individuo varón mayor de 14 años pero menor de 25 años se encontraba en situación de desventaja intelectual frente a individuos que rebasaban su edad. Para evitar esta desventaja la ***Lex Plaetoria*** o ***Lactoria de Circumscriptione Adolescentium*** señala la circunstancia de que tales individuos debido a su inexperiencia, estén bajo el régimen de curatela, y a partir del Emperador MARCO AURELIO se les nombraba un *curador permanente* -***curator minoris***-, designado por el pretor a petición del mismo menor.

El que todo individuo menor de 25 años tuviese que estar sometido a este régimen de curatela podía variar si se les concedía la *liberación* de ella por un decreto especial una vez que el hombre hubiera cumplido los 20 años y la mujer 18, era una especie de mayoría de edad anticipada, esta institución se llamaba ***venia aetatis***. Esta habilitación de edad hacía cesar la incapacidad de obrar del menor y, como consecuencia, la impedía solicitar la ***in integrum restitutio***[322].

Los negocios para cuya celebración deben solicitarse un ***curator***, necesitan el consentimiento de éste -***el consensus curatoris***. Sólo el derecho postclásico exige el consentimiento del ***curator*** como requisito de validez de todos los negocios jurídicos que impliquen para el menor la pérdida de un derecho o la asunción de una obligación.

CURATELAS ESPECIALES.- Además de los tipos de curatela ya estudiados, el derecho privado romano designaba ***curator*** *en las hipótesis siguientes*: a) En la época justinianea, el ***curator impuberis*** para los casos de enfermedad, ausencia, etc., del tutor, situaciones en las cuales, en el derecho clásico, se nombraba otro ***tutor praetorius*** b) El nombrado para bienes adventicios de un ***alieni iuris*** no administrados por el padre; c) El ***curator ventris***, para asegurar los derechos sucesorios de un concebido y no nacido; d) Los ***curatores bonorum***, que se designaban para cuidar masas de bienes en diversas hipótesis (titular prisionero de guerra, ***hereditas iacens***, ejecución sobre el patrimonio del deudor).

[322] VENTURA SILVA, Sabino; op. cit. pg. 156.

9. EXTINCIÓN DE LA CURATELA

***La curatela se extingue en los siguientes casos*:**

a. La curatela se extinguía en el caso de los furiosos, locos, sordos y mudos, cuando éstos eran curados.

b. La de los pródigos, cuando se les levantaba el estado de interdicción por enmendarse en su comportamiento.

c. La otorgada por un negocio especial, cuando éste estaba terminado.

d. La de los hombres púberes a los 25 años o cuando obtienen la dispensa de edad -***venia aetatis***-.

e. La curatela otorgada al pupilo durante la tutela, se extingue con la pubertad.

10. DIFERENCIAS ENTRE TUTELA Y CURATELA

Refiere JOSÉ MARÍA SÁENZ GÓMEZ, que en cuanto a la diferencia entre tutela y curatela, se han suscitado divergencia de opiniones, pues se ha pretendido que *la tutela* estaba dirigida para situaciones normales, como la infancia, la pubertad y el sexo femenino y en cambio *la curatela* estaba destinada a proveer incapacidades accidentales como la prodigalidad, la locura o la inexperiencia de algunos púberes menores de 25 años.

Según CUQ, la tutela y la curatela procedían de dos diferentes ideas. En principio, la propiedad suponía el derecho de hacerse justicia por propia mano; exigía fuerza física. Cuando el propietario era un infante o una mujer, no poseía esa fuerza; era el tutor quien se las procuraba. La curatela parte de una idea diferente. Se quiso proteger la propiedad contra el mal uso que ciertas personas hubieran podido hacer de ella. No se trataba de prestar un apoyo material al propietario, sino de poner a su lado a una persona que cuidara de su propiedad e impidiera su abuso.

Sin embargo, podemos considerar, según se desprende de las funciones del tutor como del curador, que el tutor asistía al pupilo por la ***auctoritas tutoris*** (defendía) y el curador administraba, cuidaba (***curare***)[323].

[323] SÁENZ GÓMEZ, José María; op. cit. pg. 236.

Cuarta Parte
DERECHOS REALES

CAPÍTULO I
LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN

1. CONCEPTO DE COSA

Cosa o *res* en sentido propio, es todo objeto material del mundo exterior sobre el cual puede recaer derechos.

El campo de las cosas se limita a los objetos materiales o corpóreos, como *el* ***praedium****, el* ***servus****, la* ***pecunia***, el oro, la plata, no a todos sino a aquellos que son jurídicamente comerciables.

En lenguaje jurídico, **cosa** *es todo lo que puede constituir objeto de un derecho patrimonial.* ***Rei appellatione et causae et iura continentur***[324].

La palabra ***res***, denota una cosa corporal, físicamente delimitada y jurídicamente independiente.

Los romanos utilizaron no sólo el término ***res***, que significa cosa, sino otros como ***bona***, que significa bienes (***mancipia nostra***), cuando se referían a los esclavos especialmente, ***pecunia*** para referirse al dinero (***pecunia*** deriva de ***pecus-ris*** = ganado). El término "***res***" es propio del ***ius civile***, en tanto "***bona***" es el usual en el ***ius honorarium*** o ***pretorianum***.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS

Del estudio del Derecho Romano y con fines pedagógicos, podemos establecer la siguiente clasificación de las cosas:

2.1. COSAS CORPORALES E INCORPORALES

Las ***Instituciones*** de GAYO, Libros II y III tratan de todos los posibles objetos de un derecho, agrupados en ***res corporales*** y ***res incorporales***. Según el juris-

[324] SERAFINI, Felipe; *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I, op. cit. pg. 196.

ta romano son *corporales* las cosas que se pueden tocar como: un fundo, un esclavo, un vestido; *incorporales*, las no tangibles como: una herencia, un usufructo, las obligaciones contraídas de cualquier modo, las servidumbres rústicas y urbanas.

Las cosas sobre las cuales se pueden tener derechos reales son cosas del mundo material, cosas que se pueden tocar (***quae tangi possunt***) como un predio, un esclavo, un vestido. Son cosas corporales (***res corporalis***). Pero hay también en el mundo cosas *incorporales* (***res incorporalis***) que no se pueden tocar (***quae tongi non possunt***)[325].

Según FELIPE SERAFINI, las cosas que existen físicamente y caen bajo los sentidos, se llaman *corporales*; por el contrario, las que no ocupan espacio y sólo se conciben en el entendimiento, se llaman *incorporales*. Pertenecen a las primeras todos los objetos materiales, como un campo, un vestido, un esclavo, y a las segundas los derechos considerados en sí mismos, como la herencia, el usufructo, los créditos[326].

Las cosas corporales se dividían en cosas muebles y cosas inmuebles. Las *cosas muebles* se subdividían en *fungibles* y *no fungibles*; y los inmuebles en *fundos itálicos* y *fundos provinciales*.

2.2. RES IN COMMERCIO Y RES EXTRA COMMERCIUM

Las cosas están destinadas a la satisfacción de las necesidades del hombre y a la consecución de los fines humanos.

Las cosas que pueden adquirirse libremente por los particulares y ser enajenadas y trasmitidas de una a otra persona, ya por actos ***inter vivos*** o por acto de última voluntad (***mortis causa***); esto es, que se pueden comprar y vender o de cualquier otro modo transferir, se llaman cosas que están en el comercio de los hombres, ***res in comercio***.

Las cosas que por su destino se hallan substraídas del comercio de los particulares, es decir, que no está permitido adquirir derechos sobre ellas son ***res extra commercium*** o se hallan fuera del comercio de los hombres, a ellas pertenece las ***cosas comunes*** como: el aire, el mar, el agua corriente; las ***cosas públicas***; la ***res divini iuris***: cosas del derecho divino como: ***res sacrae***[327] cosas consagradas

[325] ALVAREZ-CORREA, Eduardo; *Curso de Derecho Romano*, Segunda Edición, Editorial Pluma, Bogotá, 1980, pg. 271 y 272.

[326] SERAFINI, Felipe; Instituciones de Derecho Romano, Tomo I, op. cit. pg. 196.

[327] Los templos, las ofrendas votivas, los bosques sagrados, estatuas, altares, utensilios del culto.

al culto divino; ***res sanctae***[328] puestas bajo la protección de la divinidad: los cementerios, los sepulcros y ***res religiosae***, cosas destinadas a los dioses ***Manes*** (***dii Manes***) como: los sepulcros.

2.3. RES IN PATRIMONIO Y RES EXTRA PARTRIMONIUM

Concepto de Patrimonio.- *Conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero, constituyendo una universalidad jurídica.*

Son cosas que están fuera del patrimonio las que actualmente no se hallan en el patrimonio de ningún particular, ya porque no puedan hallarse en él, como las cosas comunes y las demás que están fuera del comercio ya sea porque, pudiendo ser objeto de tal patrimonio, actualmente no se hallan en él, como ***res nullius***. A la ***res nullius*** pertenecen: 1° las cosas que jamás fueron ocupadas por persona alguna, como por ejemplo los animales salvajes en su natural libertad, los corales en el mar, las piedras preciosas que se hallan ***in litori maris***, etc, y 2° las cosas ***derelictas***, es decir las que después de haber tenido dueño fueron por éste abandonadas, sin que otro se haya señoreado de ellas.

Se encuentran dentro del patrimonio la ***res privatae*** o ***res singolorum*** que acabamos de estudiar.

2.4. RES DIVINI IURIS Y RES HUMANI IURIS

Las cosas se dividen en ***res divini iuris*** y ***res humani iuris***. Las cosas de derecho divino están consagradas a los dioses y sometidas a la autoridad de los pontífices. Las cosas de derecho humano escapan a esta consagración. Esta división de las cosas es la más antigua citada por GAYO, pero va perdiendo importancia, tal es así que en las ***Instituciones*** de JUSTINIANO no se habla de esta división de las cosas.

Las cosas divini juris.- *se consideran como pertenecientes a los dioses, y se colocan bajo su protección*. Se les llama "***res nullius***"[329] porque ningún ser puede apropiárselas. Comprenden la "***res sacrae***", la "***res religiosae***", y la "***res santae***".

1. ***Res Sacrae***.- **Para el Paganismo**, las cosas sagradas son los terrenos, los edificios y los objetos consagrados a los dioses superiores por una ley, un senado consulto o una constitución. **Para el Cristianismo**, son las Iglesias y los vasos consagrados al culto por los obispos. Las cosas sagradas solo pierden su carácter después de una ceremonia religiosa, destinadas

[328] Murallas, puertas de la ciudad.

[329] ***Res Nullius*** se aplica también a las cosas susceptibles de propiedad privada y que el hombre aún no ha apropiado como: la caza, la pesca.

a hacerlas profanas.

2. ***Res Religiosae.***- Los romanos llamaron ***res religiosae*** los terrenos y los monumentos unidos a la sepulturas, que estaban dedicados a los **dioses Manes** (***dii Manes***), es decir a los muertos que los antiguos divinizaban.

   Sólo podía haber ***res religiosae*** en las afueras de la ciudad. Las ***res religiosae*** están fuera del patrimonio de los particulares y eran inalienables lo mismo que la ***res sacrae.***

3. ***Res Santae.***- Se trata de cosas que están protegidas contra los atentados de los hombres por una sanción penal, no están consagradas a los dioses, tales eran los muros de la ciudad, su violación llevaba consigo la pena capital.

Las cosas humani iuris.- todas las cosas que no son de derecho divino son de derecho humano o ***profanas.***

Se dividen en: ***res communes, res publicae, res universitatis*** y ***res privatae*** o ***singulorum.***

1. ***Res Communes.***- Sellaman comunes *las cosas cuya propiedad no pertenece a nadie y su uso es común a todos los hombres.* Son el aire, el agua corriente, la mar, las orillas del mar; se pueden elevar en las orillas del mar una construcción con la autorización del pretor, la construcción pertenece a quien la edificó.

2. ***Res Publicae.***- Las cosas públicas son aquellas cuyo uso es común a todos, pero que al contrario de las cosas comunes se consideran como *propiedad del pueblo romano*, excluyendo a las otras naciones como las vías pretorianas, puertos y aguas corrientes de agua que nunca se consume *- **flumina perenni**-;* las que se secan en verano pertenecen a los particulares – ***torrentia*** -.

El flumen perenne, es el río que comprende *el lecho, las orillas* y *el agua corriente*, estos elementos unidos que forman *el río* pertenecen a la soberanía del pueblo, quedando abierto su uso para todas las necesidades de la pesca y la navegación; y separados tienen destino diferente, el agua corriente es común, el lecho y las orillas de las propiedades ribereñas.

1. ***Res Universitatis.***- Las ***universitatis*** son las *personas morales*, tales como las ciudades, las corporaciones, pueden tener cosas de su pertenencia, pero que por su destino no sean objeto de propiedad individual, son de uso común tales como los teatros, las plazas, los baños públicos.

2. ***Res Private.***- *Las cosas* ***res prívate*** o ***res singolorum,*** es decir que *componen el patrimonio de los particulares* las cuales pueden adquirirlas y transmitirlas

a otros en propiedad, se les llama también ***bona*** por que constituyen el bienestar y riqueza de las personas. En la época clásica se les da la calificación de ***pecunia.***

2.5. RES MOBILES E INMOBILES (MUEBLES E INMUEBLES)

Esta división es de mucha importancia especialmente en el mundo moderno, el concepto es fácil, se llaman *inmuebles* las cosas que no pueden ser transportadas de un lugar a otro sin alteran la sustancia o su forma, como los terrenos y los edificios. Por el contrario, son *muebles* las cosas que se pueden transportar sin que cambie su sustancia o forma.

Cosas Inmuebles.- los inmuebles se dividen en *rústicas* y *urbanas*. Se llaman rústicas las destinas al cultivo como *los campos y prados*, siendo indiferente que estén en la ciudad o fuera de ella; mientras que *fundos urbanos son los edificios*, sin consideración alguna a que se hallen fuera o dentro de la ciudad.

Algunas cosas por su naturaleza serían muebles, pueden hallarse en tal conjunción física con un inmueble que forme parte integrante del mismo y que carezcan de existencia separada o distinta de él, como por *ejemplo los árboles arraigados en el suelo y los materiales de que se compone una casa* y mientras dura la conjunción física de éstas cosas con los inmuebles de que son una accesión, pueden ser consideradas también como *inmuebles por accesión.*

Dentro de los *fundos* cabía también la distinción en *itálicos* y *provinciales.* Los primeros estaban situados en **Italia** o en ciudades a las que se le hubiera concedido el ***ius italicum***; los provinciales los que estaban enclavados en **provincias**; sobre los fundos itálicos su titular tenía el dominio de derecho civil o quiritario, en tanto que sobre los fundos provinciales, sólo una posesión sometida al pago de un tributo (***tributum*** o ***stipendium***).

La vieja distinción entre ***res mancipi*** y ***res nec mancipi*** es sustituida en cierto sentido por la de las cosas muebles y cosas inmuebles. Surge ésta bajo el influjo de las tendencias orientales, favorecedoras en un sistema de formas públicas y solemnes para la enajenación de los inmuebles, es decir, de las cosas tenidas por más importantes en el nuevo ambiente social y económico.

En el lenguaje clásico se habla de ***fundus, praedium, fundus et aedes, praedia et aedes, res soli, res solo cohaerentes, res quae solo continentur o tenentur.*** La expresión ***res inmobilis*** sólo comienza a ser usada en la época postclásica.

Cosas Muebles.- Entre las cosas muebles se comprenden también los *semovientes*, o sea los que se mueven por su propia fuerza orgánica y animal y son los *esclavos* y *los brutos animales.* Estos últimos se distinguen además en *salvajes*, *mansos* y *domesticados.* ***Salvajes*** son los que viven en natural libertad, como los

osos, las liebres, los peces y hasta las abejas. Son ***mansos*** los que viven con el hombre, como los perros, los gatos, las gallinas y, en una palabra todos los conocidos con el nombre de *animales domésticos.* Llamábanse ***domesticados*** los animales salvajes por naturaleza, que amaestrados por el hombre se han amansado como los animales domésticos, por ejemplo los siervos.

2.6. COSAS FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES, CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES

Cosas Fungibles.- Son las que *puedan constituirse* por otras de la misma categoría o género, es decir que no se toman en cuenta como individualidades sino en cantidad por peso, número y medida: ***res quae pondere, numero mensurave constant*** como los ejemplares de la misma edición de un libro, las monedas de determinada especie o valor, un saco de trigo, el vino. Estas cosas también se llaman *cosas cuantitativas,* ***quantitates.*** También se conocen como *cosas genéricas.*

Cosas no Fungibles.- Son las cosas que *tienen su propia individualidad,* y que no admiten la sustitución de una por otra, es decir, no tienen otra cosa que los represente exactamente. Las cosas no fungibles lejos de ser consideradas en el comercio según sus caracteres genéricos lo son en su individualidad. En otras palabras la *cosa no fungible es una cosa individualmente determinada,* una cosa considerada como *cuerpo cierto,* como *especie determinada* y de allí el nombre de ***corpus*** o de ***species.*** Como ejemplo el fundo **Corneliano**, la madona de Rafael, el esclavo **Julius**.

Todavía es de advertir que la distinción entre cosas fungibles y no fungibles no equivale a aquella otra que se hace entre ***genus*** y ***species,*** es decir, entre una categoría genérica o grupo de cosas y la cosa individualizada. La fungibilidad es *condición objetiva*; la determinación genérica es obra *subjetiva,* esto es, dependiente del arbitrio de las partes.

Los esclavos no eran cosas fungibles, pero nada impedía que un vendedor se comprometiese a entregar un número de ellos sin individualizarlos. En este caso se estaba bajo una obligación genérica, que se cumpliría entregando el ***genus.***

Cosas Consumibles.- *Son aquellas cuya existencia termina en el primer uso* y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Son aquellas cuyo destino lleva aparejada la *destrucción* o *transformación.* Destrucción que puede ser física o económica, como sucede, respectivamente con los alimentos y el dinero; *transformación,* si con las materias primas se elabora una cosa – perteneciente a un *nuevo tipo* – con la lana un vestido, por ejemplo. *El dinero es consumible,* porque su uso normal – comercial – le hace salir del patrimonio en que se encuentra.

Cosas no Consumibles.- *Son las que no dejan de existir en el primer uso* que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo. Las cosas *inconsumibles son susceptibles de uso repetitivo* sin que provoque otra consecuencia que su mayor o menor desgaste. Ejemplo un caballo, una casa, un carruaje.

Frecuentemente es que la cosa consumible sea también fungible. El mutuo o préstamo de consumo, el depósito irregular y el cuasi usufructo recaen sobre cosas fungibles, importando la obligación de restituir otro tanto: ***tantuntem eiusden generis.***

2.7. COSAS DIVISIBLES E INDIVIDIBLES

Cosas Divisibles.- Son *cosas divisibles* las que *pueden ser fraccionadas en varias partes o porciones reales* sin notable perjuicio de su esencia y de su valor económico. Son divisibles desde el punto de vista jurídico, las cosas que, sin merma de su valor o utilidad, pueden fraccionarse en otras. La división real –física – importa, en cualquier caso, que las partes resultantes conserven la función económica social del todo. Ejm. Una finca, dinero, etc.

Cosas Indivisibles.- Son indivisibles las cosas que *no admiten fraccionamiento* sin sufrir daño o menoscabo, si se dividen se destruyen en sí mismas. Un animal, una pintura son indivisibles.

Además de la división material, se conoce también la división en partes *ideales* o *intelectuales*, la cual se verifica cuando en vez de dividir el cuerpo se divide su valor o sea su utilidad económica, que se da en el régimen de la copropiedad, no implica un fraccionamiento material de la cosa, sino el derecho que corresponde a varios sobre ella ***communio pro indiviso.***

También hay cosas legalmente indivisibles como acaece en las servidumbres.

2.8. COSAS SIMPLES Y COMPUESTAS Y UNIVERSALIDAD DE COSAS

Cosas Simples.- Cosa simple es *la cosa unitaria*, o sea un todo orgánico, la que perciben los sentidos como singularidad, independientemente de los elementos que la integran. Según POMPONIO: ***corpora, quae uno spiritu continentur,*** como el hombre, el madero, la piedra.

Cosas Compuestas.- Cosa compuesta es *la formada por la unión física y coherente de cosas simples*, sean o no de la misma naturaleza. Ejm. un edificio, una nave, un armario. (***Corpora ex congentibus o ex cohaerentibus***).

Universalidad de Cosas.- ***corpora, quae ex distantibus***, *las universalidades de cosas no están unidas entre sí por lazo material*, pero pueden ser consideradas jurídicamente como entidades objetivas, es decir bajo un solo nombre y en con-

cepto de unidad. Un todo único, una cosa, es el rebaño que puede ser vendido, legado o pignorado como conjunto. Al propietario de un rebaño le es concedida una ***rei vindicatio*** colectiva.

La doctrina tradicional llama a las ***corpora ex distantibus*** con la expresión ***universitatis facti*** **o** ***universitatis rerum*** **o** ***corporea***, como dice *la Glosa*, oponiéndose a la categoría de ***universitas iuris*** **o** ***iurium*** **o** ***incorporea***. Dentro de las ***universitas facti*** **o** ***universitas rerum***, estarían además de elementos animados, como el rebaño; objetos inanimados, como una biblioteca, una galería de estatuas, un almacén de mercancías.

2.9. COSAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS

Ordinariamente *cuando dos cosas se hallan física o jurídicamente unidas*, una de ellas absorbe y domina a la otra. La cosa dominante se llama principal y la subordinada accesoria.

Cosas Principales.- Cosas principales eran aquellas cuya existencia o naturaleza están determinadas por sí solas, sirviendo inmediatamente y por ellas mismas a las necesidades del hombre. Existen por sí mismas y para sí mismas.

Cosas Accesorias.- Son las cosas que estaban subordinadas o dependían de otra principal, *carecen de existencia propia*, su naturaleza es determinada por otra cosa de la cual depende o a la cual está adherida. Ejm. El marco respecto al cuadro, la piedra preciosa en relación al anillo en que está engarzada, la vaina de la espada. Al respecto existió el principio de que *lo accesorio sigue la suerte de lo principal* (***accessorium sequitur principale***).

En las cosas accesorias se distinguen *las partes* y las *pertenencias* de ellas.

Pars es un elemento integrador de la cosa, es decir, que contribuye, de modo necesario, y no accidental, a su ***perfectio o consummatio*** v. gr. la tapa de un pozo, vela de un barco, la teja del edificio, el palo de la viña.

El concepto de ***pertenencia***, se refiere especialmente al conjunto de cosas destinadas a la gestión económica del fundo (***intrumentum fundi***), cuya suerte seguía en algunos negocios jurídicos, como en el usufructo, y el arrendamiento.

En general, para que una cosa se pueda atribuir la cualidad de pertenencia, se exigen tres condiciones: a) servir de interés de la cosa principal, b) estar destinada al servicio duradero de esta cosa y c) hallarse en tal relación con la cosa principal que sirva al interés duradero de la misma.

2.10. IMPENSAS Y FRUTOS

Impensas.- Por *impensas* se entiende todo cuanto ha sido desembolsado o empleado en una cosa determinada o por razón de la misma. Se dividen en *ne-*

cèsarias, útiles y *voluptuarias o de lujo*. **Necesarias** son las indispensables para la conservación de la cosa; **útiles** las que sin ser de estricta necesidad aumentan el rendimiento de la cosa, como los gastos de cultivo, roturación, riego, etc., y **voluptuarias** o **de lujo** las que no aumentan el rendimiento de la cosa, sino únicamente el placer o el recreo de la misma, como los adornos y otros gastos[330].

Frutos.- Son frutos, de una parte, los *productos naturales* que, más o menos periódicamente, suministran las cosas, sin disminuir su esencia, como las hierbas, granos, árboles, la leña de los bosques, la lana, la leche, las crías de los animales, los minerales y otros semejantes, y de otra los *rendimientos o réditos* que se obtienen por la concesión a otro de una cosa, rentas, alquileres, intereses de dinero prestado, etc. Tales rendimientos o réditos, llamados por los modernos "*frutos civiles*" en contraposición a los "*frutos naturales*", son considerados por los romanos ***loco fructuum* o *pro fructibus***[331].

Los frutos se dividen en: pendientes, separados, percibidos, existentes y *consumidos.*

Fructus pendientes, cuando aún están adheridos a la cosa que los produjo o cosa matriz; ***separados*** los que ya no lo están en la cosa que los produjo, cualquiera que sea la causa del desprendimiento, la madurez, el viento o la acción del hombre; ***percebidos*** los que después de su desprendimiento han sido tomados con intención de tenerlos como propios; ***existentes*** los que se hallan en su modo de ser natural en poder del poseedor de la cosa fructífera, *consumidos* (***consumpti***), los que no se hallan ya en poder del poseedor de la cosa fructífera, sea por haber éste usado de ellos o por haberlos enajenado, o por haberlos especificado, esto es, transformado en otro objeto[332].

2.11. RES MANCIPI Y RES NEC MANCIPI

Esta división se aplica sólo a las *cosas susceptibles de propiedad privada*, consideradas, según puedan o no ser adquiridas por la ***mancipación***. La distinción entre la ***res mancipi*** y ***res nec mancipi***, tiene gran importancia histórica, de origen antiquísimo, existió, en la época de la Ley de las XII Tablas, y después de haber

[330] SERAFINI, Felipe; *Instituciones de Derecho Romano, Tomo I, op. cit. pg. 311.*

[331] *El Código Civil Peruano*, diferencia los frutos de los productos: "Son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya sus sustancia" (art. 890); Los frutos son naturales, industriales y civiles. Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica (art. 891). Son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien (art. 894).

[332] SERAFINI, Felipe; *Instituciones de Derecho Romano, Tomo I*, op. cit. pg. 212.

jugado un papel importante en el derecho clásico, poco a poco fue cayendo en desuso, hasta que JUSTINIANO sancionó su supresión en el año 531.

Res mancipi.- Eran ciertas cosas que tenidas en dominio por los romanos, fueron consideradas como las más preciosas y sólo podían transferirse por ciertos modos de adquirir el dominio como: ***por mancipatio* e *in iure cessio*.**

Los jurisconsultos romanos clasifican entre las **res mencipi**: 1° Los fundos itálicos; 2° Las servidumbres rústicas; 3° Los esclavos y 4° Los cuadrúpedos de tiro y carga, con tal que fueran indígenas y domésticos, como por ejemplo, los mulos, los asnos, los bueyes y los caballos.

Res nec mancipi*.**- No eran objeto de dominio quiritario, son todas las cosas que no se agrupaban dentro de la ***res mancipi, así animales como los corderos, las cabras, el dinero, las joyas son ***res nec mancipi***. Para enajenar y adquirir la ***res nec mancipi*** se aplica la ***traditio***. Las mujeres bajo la tutela perpetua podían disponer de la ***res nec mancipi***, pero para disponer de la ***res mancipi*** requieren de la ***Autoritas Tutoris*.**

Refiere SERAFINI, que no es fácil conocer con precisión el criterio que separaba las ***res mancipi*** de las ***res nec mancipi***; pero la explicación más probable parece ser la siguiente. Las cosas mancipables debían ser declaradas en el *censo*, introducido por SERVIO TULIO para calcular la riqueza de los ciudadanos y señalar a los mismos la clase respectiva en que debían votar en los comicios. Los fundos situados en Italia eran, pues, la principal riqueza de la nación; pero los fundos solos no bastaban, por lo cual se evaluaban también las cosas a los mismos inherentes y las pertenencias de ellos, y por consiguiente las servidumbres rústicas y los cuadrúpedos aptos para la economía rural...[333].

Esta distinción de cosas se mantiene viva durante la época clásica. Desaparecida más tarde la diferencia entre los fundos itálicos y fundos provinciales, y generalizada la ***traditio*** como modo de transmisión de toda suerte de cosas, *la distinción entre cosas* ***mancipi*** *y* ***nec mancipi*** *perdió interés práctico*. El derecho justinianeo la declara abolida.

[333] SERAFINI, Felipe; *Instituciones de Derecho Romano, Tomo I*, op. cit. pg. 213 y 214.

Capítulo II
DERECHOS PATRIMONIALES

Se habla en la sistemática moderna de los *derechos patrimoniales*, terminología desconocida para los romanos. Son derechos patrimoniales, aquellos que se reflejan sobre el patrimonio y tienen como característica la de ser aptos para *satisfacer necesidades económicas* y la de ser valorables en base al común denominador de los valores económicos en *dinero. Integran la categoría de los derechos patrimoniales: los derechos reales y los derechos de obligaciones o personales o de crédito.*

1. CONCEPTO DE PATRIMONIO

Etimológicamente deriva de la voz ***patrimonium***, que significa *lo recibido del padre* o ***patre***.

El patrimonio es para cada persona el conjunto de derechos y de obligaciones apreciables en dinero, constituyendo una universalidad jurídica. Al comprender sólo los que tienen un *valor pecuniario*, las obligaciones resultantes del derecho de familia quedan fuera del patrimonio, para tener un patrimonio se requiere ser "***sui juris***", es decir no estar bajo la potestad de nadie.

Los romanos no elaboraron como los modernos una teoría del patrimonio, que desde antiguo consideraron integrado sólo por cosas corporales que se transmitían de generación en generación, como propiedad de la familia o más propiamente de su jefe o ***pater***. Con el *derecho clásico* el patrimonio constituyó un ente o universalidad jurídica tutelada por la ley, que se integraba no sólo por las cosas corpóreas, sino con todos los bienes, créditos, derechos y acciones de que fuera titular una persona, con deducción de las deudas y cargas que la gravaran.

Esta concepción romana del patrimonio ha sido extraída de los jurisconsultos clásicos y ha sido recogida por las fuentes en numerosos fragmentos. Merece citarse el pasaje de PAULO que dice: "*se entiende que son bienes de cualquiera los*

que quedan después de deducidas las deudas": y el de JAVOLENO que manifiesta que: "*no se pueden llamar bienes las cosas que tienen más molestias que ventajas*" y la de ULPIANO que manifestaba que "*es dinero ajeno el que debemos a otro, es dinero propio el que otro nos debe*".

Estando compuesto el patrimonio en Roma por *valores positivos*, podía haber personas sin patrimonio, cuando sus bienes no alcanzaban a cubrir las deudas o cargas que los gravaran. Esto sin considerar que, por una particular organización de la familia romana, por mucho tiempo el ***filiusfamilias*** careció totalmente de patrimonio propio.

Los legisladores modernos se apartaron de la concepción romana de patrimonio, y siguiendo la doctrina de los juristas franceses AUBRY y RAU, lo consideraron *un atributo de la personalidad, algo inherente a la persona humana*, que *forma una unidad abstracta y universal* de derecho integrado por todos los bienes y derechos susceptibles de apreciación pecuniaria y de las cargas que los gravan.

2. CARACTERES DEL PATRIMONIO

Dentro de los caracteres del patrimonio en Roma, podemos considerar los siguientes:

a. *Universalidad jurídica*, pues los bienes que lo integran forman una masa abstracta, independientemente y distinta de cada uno de sus componentes.
b. *Está compuesto por el activo y el pasivo* de una persona.
c. *Existen patrimonios sin titular*, que no obstante, son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones por intermedio de sus representantes ejemplo. Herencias yacentes o ***hereditas yacens***, fundaciones, etc.
d. El patrimonio puede ser *positivo* (en el caso que el activo supere al pasivo), o *negativo* (en caso contrario).
e. Por fallecimiento de su titular, *es transmisible a los herederos* de éste.
f. *Es garantía común de los acreedores*, ya que en caso de que el deudor no satisfaga sus obligaciones, pueden aquéllos ejecutar los bienes de éste y cubrir sus créditos.
g. *Está integrado por derechos reales y personales.*

3. LOS DERECHOS REALES

Los juristas romanos no se ocuparon de formular una definición de los derechos reales, ni los distinguieron de los derechos de obligaciones, en cambio conocieron las acciones reales –***in rem***- y las acciones personales –***in personam***-.

Concepto.- Los derechos reales o ***jus in re*** son aquellos que tienen por objeto inmediato una cosa, la cual viene a estar directamente sujeta a nuestro poder jurídico. Es la relación directa de una persona con una cosa determinada, de la cual obtiene un beneficio o utilidad jurídica. La verdad es que no hay relación jurídica que no se dé *entre personas*, en la comunicación y en el tráfico que ellas establecen. No cabe hablar de relación entre persona y cosa[334].

Elementos.

1. ***Sujeto Activo***, que es la persona titular del derecho. ***El sujeto pasivo*** es indeterminado, los derechos reales se ejercen contra todos -***erga omnes***-, siendo un derecho sobre una cosa existe un beneficio de una persona sin imponer a nadie otra necesidad que la de respetarlo o no impedir su ejercicio.
2. ***Un Objeto***, que es la cosa sobre la cual se ejerce el derecho real, ejm. El derecho de propiedad ejercido sobre el esclavo.

Caracteres.

1. Crean una *relación directa entre el titular de ellos y la cosa* sobre la cual se ejercen (de persona a cosa).
2. *Son absolutos*, en el sentido de que se ejercen contra todos en general, sin referirse a nadie en particular.
3. *Sólo pueden tener por objeto una cosa.*

Los derechos reales, al *facultar la conducta del titular sobre una cosa*, le autorizan a actuar sobre ella en forma directa, sin que necesite la intervención o mediación de otra persona. Los derechos reales *son oponibles a cualquier tercero*, lo que quiere decir que todos deben respetar el derecho real del titular; que no existe desde un principio un sujeto pasivo individualizado, aunque éste se individualizará en el momento en que alguien viole nuestro derecho. Los derechos reales *están protegidos por las acciones reales.*

A través de la distinción entre la acción real y acción personal (***actio in rem*** y ***actio in personam***) el derecho romano llegó a la diferenciación de derecho real y derecho personal.

4. DERECHOS PERSONALES O DE OBLIGACIONES

Concepto.- El derecho personal o derecho de crédito es la *relación de persona a persona* que permite a una de ellas llamada acreedor, exigir de la otra llamada deudor, el cumplimiento de una determinada prestación.

[334] IGLASIAS, Juan; op. cit. pg. 220.

Elementos.

1. ***Un sujeto Activo***, *es la persona en favor de la cual el sujeto pasivo deudor debe realizar una determinada prestación* (de dar, de hacer o de no hacer). Es la persona en cuyo beneficio se crea la obligación.
2. ***Un Sujeto Pasivo***, *es la persona que debe realizar en beneficio del acreedor una prestación*. Es decir es la persona en cuyo perjuicio se establece la obligación.
3. ***Un Objeto***, que es *la prestación que debe el deudor realizar en beneficio del acreedor* y que según PAULO consiste en un "***Dare, praestare, facere*** y ***non facere***".

Caracteres.

1. Crea una *relación directa entre personas determinadas.*
2. Son *derechos relativos*, sólo existen frente a personas determinadas (acreedor y deudor), los terceros sólo deben respetarlas.
3. *Pueden tener por objeto obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.*

5. DIFERENCIAS ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS PERSONALES

Entre los derechos personales o crediticios u obligacionales y los derechos reales podemos citar las siguientes diferencias.

En cuanto a sus elementos, en los *derechos reales* sólo concurren el sujeto y el objeto (*res*), en los *derechos personales* o crediticios existen dos sujetos: el activo o acreedor y el pasivo o deudor que debe cumplir la prestación frente al primero. El objeto del derecho real es siempre una cosa determinada, y en el personal una obligación de dar, hacer o no hacer.

*Los derechos reales son oponibles frente a todos -**erga omnes**-* y gozan del derecho de "*prevalencia*" o "*preferencia*", en tanto que en *el derecho crediticio*, el nexo sólo existe entre dos personas el acreedor y el deudor.

El derecho real es más intenso que el derecho de crédito, pues concede a su titular un *derecho de preferencia* que se ejercita antes que otros derechos y el *derecho de persecución* que hace valer el derecho contra los detentadores, es decir buscar la cosa en manos de quien esté.

El dominio de los derechos personales o crediticios es más amplio que el de los derechos reales, pues como se ha visto, el objeto de éstos sólo puede ser una cosa de existencia actual, en tanto que en los de crédito puede ser un hecho o acto que el deudor debe cumplir, y aún cosas futuras, siempre que su existencia sea posible.

En el derecho romano, el derecho real estaba provisto por la ley de una acción real (***actio in rem***), que por su naturaleza era persecutoria de la cosa dondequiera que estuviera y la única que se ejercitaba contra cualquier poseedor, en respuesta de la relación estrecha de persona a cosa, lo cual hizo decir a los romanos en un célebre aforismo: ***Res clamat domino***, o sea la cosa clama por su dueño donde quiera que esté.

En los derechos de crédito no había preferencia alguna, todos los acreedores entraban en concurso o en simple concurrencia y eran pagados a *prorrata* hasta donde alcancen los bienes del deudor, de modo que si había algún acreedor con derecho real, ya no entraba en concurso, sino que era pagado de preferencia.

Los derechos reales tienden hacia la perpetuidad, mientras que *los crediticios son siempre temporales*, aunque pueden tener larga duración. *El trascurso del tiempo hace adquirir derechos reales, al paso que es factor de extinción de los derechos personales.*

6. SUBDIVISIÓN DE LOS DERECHOS REALES

En Roma los derechos reales se dividen en *civiles* y *pretorianos*; los primeros reconocidos y amparados por el *derecho civil* o *quiritario* y los segundos reconocidos y amparados por el *derecho pretorio*.

Los Derechos Civiles Fueron:

1. La propiedad quiritaria o "***Dominium ex jure quiritum***" o simplemente ***dominium***.
2. Las servidumbres personales como: usufructo, uso, habitación y ***operae servorum***; y servidumbres reales o prediales.
3. Derecho de prenda (***pignus***).

Los Derechos Reales Pretorianos fueron:

1. La propiedad bonitaria o "***in bonis habere***"
2. El ***jus in agro vectigali***.
3. El derecho de ***enfiteusis***.
4. El derecho de ***superficie***.
5. La hipoteca -***jus hipothecae***-.

l

r
fi

p
pa

ex
la
era

Capítulo III
DERECHOS REALES EN GENERAL

I. LA POSESIÓN

1. NOCIÓN Y NATURALEZA

El término **posesión** deriva de la voz latina ***possessio***, que a su vez proviene de ***possidere***, palabra compuesta del verbo ***sedere*** y del prefijo ***pos***, que significa "*poder sentarse o fijarse en una cosa*", tal como los romanos entendieron la posesión, puede definirse como: *el hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario.*

Muchos de los romanistas contemporáneos afirman que para el derecho romano la posesión no era un derecho, sino sólo una situación de hecho. Fundamentan su afirmación en varias citas del ***Digesto***.

La Posesión como un Hecho

Así por ejemplo., en relación con el ***postliminio***, PAPINIANO dice: "por lo demás, si el comprador, antes de adquirir la propiedad de una cosa por ***usucapión***, hubiese sido capturado por los enemigos, se estimó procedente que la usucapión no puede reintegrase por el ***derecho de postliminio***, porque la usucapión no se realiza sin la posesión y la posesión es sobre todo un hecho, y la situación de hecho no entra en el derecho de postliminio" (D. 4, 6, 19).

Al referirse a la herencia JAVOLENO señala: "Cuando somos instituidos herederos, al adir la herencia, pasan a nosotros todos los derechos; pero no tenemos la posesión a no ser que la hayamos tomado realmente" (D. 41, 2, 23).

En lo tocante a la adquisición de la posesión, PAULO afirma: "El loco y el pupilo no pueden tomar posesión sin la autoridad del tutor, pues no tienen inten-

ción de tener, aunque tengan una cosa en sus manos, como cuando se pone algo en la mano al que está durmiendo". Más el pupilo si puede tomar posesión con la autorización de su tutor. OFILIO y NERVA hijo, en efecto dicen que el pupilo puede empezar a poseer incluso sin la autoridad del tutor, pues es cosa de hecho y no de derecho, opinión ésta que puede admitirse si los pupilos tienen ya edad de entender lo que hacen". En otro pasaje agrega: "Si un marido cede la posesión de una cosa a su mujer a causa de donación, creen los demás que ella posee aquella cosa porque una situación de hecho no puede anularse por el derecho civil..." (D. 41, 2, 1: 3 y 4).

La Posesión como Derecho

Sin embargo, a las anteriores, podemos oponer las siguientes citas en las cuales se sitúa a la posesión en el mundo del derecho. Así en relación con la adquisición y pérdida de la posesión, PAULO afirma: "Nos liberamos de una obligación aproximadamente por los modos contrarios de aquellos por los que nos obligamos; y perdemos un derecho por los modos contrarios de aquellos por los que lo adquirimos; así, del mismo modo que no se puede adquirir la posesión a no ser con la intención y tenencia efectiva, así tampoco puede perderse si no se ha producido algún acto contrario a ambos" (D. 50, 17, 153).

También en lo que concierne a la adquisición de la posesión, PAPINIANO dice: "Puedo adquirir la posesión por mediación del esclavo que tengo en usufructo, si es con bienes míos o con el trabajo del esclavo, ya que ésta es la posesión natural del usufructuario y la posesión sigue en gran parte el régimen de la propiedad". Más adelante añade: "Los que están bajo potestad pueden tener materialmente una cosa del peculio, pero no pueden tenerla como propietarios, ni tampoco poseerla, *pues la posesión no algo sólo material, sino también de derecho*" (D. 41, 2, 49; 41, 2, 49, 1).

Al hablar de los *interdictos* PAULO afirma: "No importa para este interdicto que la posesión sea justa o sea con vicio respecto a otras personas, pues cualquier poseedor, por el hecho de serlo, ya tiene más derecho que el que no posee" (D. 43, 17, 2).

De las citas del Digesto transcritas, se puede advertir sobre la posibilidad de que los juristas romanos se refieren en unos casos a la posesión de hecho y en otros a la posesión como un derecho.

Las contradicciones que supuestamente se encuentran en las citas de las juristas romanas mencionadas, dieron lugar a las teorías modernas acerca de la posesión. Entre las más importantes aparecieron en el siglo XIX, las de los dos destacados juristas alemanes: SAVIGNY y IHERING.

Sobre el problema de las fuentes romanas, debe decirse que ellas no constituyen un todo armónico; son dispersas, de distintas épocas; por ello ninguna de las dos teorías ha sido considerada falsa o equivocada. SAVIGNY y IHERING ciertamente *se propusieron interpretar el Derecho Romano*, pero no hay duda de que sobrepasaron el espíritu y contenido de aquel sistema. Por tal circunstancia, las doctrinas de estos dos grandes juristas y filósofos deben considerarse más como creaciones propias de los autores que como meras interpretaciones del antiguo derecho.

El Sistema Posesorio Romano según Friedrich Karl von Savigny

SAVIGNY para formular el concepto de posesión acude a los conceptos de ***corpus*** y de ***animus***. Parte de la *tenencia*, de la *detentación*: y sostiene que la detentación no es la mera posibilidad de ejercer influencia sobre una cosa, sino también la de impedir la influencia de un extraño. El reconocimiento y la calificación jurídica de esa detentación es la que constituye, según **Savigny** *la posesión*, **de suerte que *la posesión es el resultado de la detentación***, en cuanto es estructurada y ordenada jurídicamente. Y *la posesión está constituida de dos elementos*: ***el corpus*** y ***el animus***. El ***corpus*** se presenta como el *elemento material o físico*; el ***animus*** como el *elemento espiritual, anímico o intencional*. El ***corpus*** hace referencia al contacto con la cosa. Para que la posesión surja se precisa de la posibilidad de ejercer sobre la cosa una influencia inmediata y la posibilidad también de excluir la influencia de otras personas. Para adquirir es indiscutiblemente preciso que la influencia sea inmediatamente posible; para conservar, es suficiente que la relación de poder, la influencia sobre la cosa, pueda producirse a nuestra voluntad, y de esa manera la posesión cesa cuando desaparece tal posibilidad[335].

El segundo de los elementos de la posesión, según SAVIGNY es el ***animus***; factor espiritual, psíquico, voluntario. Se contrapone al ***corpus*** en cuanto que en el ***animus*** el poder sobre la cosa no aparece referido a ningún acto de externo o material dominación: se alberga en la voluntad con que el poseedor actúa. Para poseer no basta la detentación, el ***corpus****; se* requiere la voluntad, el ***animus***[336].

La posesión romana propiamente dicha (***civilis possessio***) *consistía en un poder de hecho al que debía unirse una* ***voluntad especial***. La voluntad de poseer en nombre propio (***animus possidendi***) o voluntad de propietario (***animus domini***).

---

[335] HERNÁNDEZ GIL, Antonio; *La Posesión*, ivitas s.a., Madrid, 1980, pg. 62 y 63.
[336] HERNÁNDEZ GIL, Antonio, op. cit. pg. 63.

SAVIGNY expone así este elemento especial de la voluntad: "el ánimo de poseer (***animus possidendi***) no es otra cosa sino la intención de ejercer el derecho de propiedad. Pero esta definición no es suficiente, porque una persona puede tener la intención o ánimo de poseer de dos maneras diferentes: puede querer ejercer el derecho de propiedad de otra persona o el suyo propio. Si tiene la intención de ejercer la propiedad de otro no existe ***animus possidendi***, que es necesario para que el hecho de la detentación (***corpus***) se transforme en posesión"[337].

Agrega SAVIGNY que el ***animus possidendi*** no es otra cosa sino el ***animus domini*** o ***animus sibi habendi***.

"*En consecuencia, para ser considerado como verdadero poseedor de una cosa, es necesario que el que la detente se comporte como propietario*; en otros términos, que pretenda disponer de la cosa como un propietario tendría la facultad de hacerlo en virtud de su derecho, lo que implica en particular que no reconozca a nadie más un derecho superior al suyo. *La idea de posesión no exige otra cosa sino este **animus domini***; y, sobre todo, no supone la convicción de que realmente se tenga la propiedad (***opinio seu cogitatio domini***): he aquí por qué el ladrón y el bandido pueden tener la posesión de la cosa robada..., pero no el arrendatario, quien no posee, pues no considera la cosa como suya"[338].

SAVIGNY aplica el concepto expuesto a las distintas relaciones materiales del hombre con las cosas, y *demuestra cómo según las fuentes romanas sólo el propietario era poseedor*; no así los que reconocían dominio ajeno. De esta manera, **el usufructuario** que tiene una relación material con la cosa en virtud de la cual ejerce amplios poderes de uso, goce y disposición, no obstante *no es poseedor*, pues *se encuentra excluido del **animus domini**; el verdadero poseedor es el nudo propietario*[339].

La Poseción Romana según Rudolf von Ihering

IHERING, plantea y desenvuelve su concepción posesoria a modo de debate dialéctico con la tesis de SAVIGNY. La discrepancia en cuanto a las conclusiones la presenta con respecto al método.

En IHERING el ***corpus*** y el ***animus*** dejan de ser dos requisitos independientes que se yuxtaponen o concurren. Flexibiliza el concepto de ***corpus*** despojándolo de la rigidez material con que, pese a ciertos paliativos, aparece en Savigny. El ***animus*** no funciona propiamente como factor autónomo –aunque IHERING

[337] VALENCIA ZEA, Arturo; La Posesión, Editorial TEMIS, Bogotá, 1968, pg. 67.
[338] VALENCIA ZEA, Arturo, op. cit. pg. 68.
[339] VALENCIA ZEA, Arturo, op. cit. pg. 68.

mantiene la expresión terminológica-, sino que va implicado en el ***corpus***. *La posibilidad de una acción inmediata sobre la cosa, que es la idea matriz de* SAVIGNY para alcanzar la frontera de la posesión, las rebate IHERING tanto en el plano de las realidades económicas como en el de los textos[340].

Así como SAVIGNY *acude a la propiedad para explicar el* ***animus***, IHERING *se sirve de ella para el entendimiento del* ***corpus***. La manera como el propietario ejerce de hecho el derecho de propiedad debe de ser, a su juicio, el criterio determinativo del ***corpus*** y consiguientemente de la posesión. *Alude constantemente a la "exterioridad de la propiedad"*.

Para IHERING, *la posesión está constituida por la mera relación material voluntaria del hombre con una cosa*. En otros términos *el poder de hecho o señorío efectivo*, engendra, en general salvo ciertas excepciones, posesión. Cuando los dos elementos, que en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el ***corpus*** y el ***animus***, *concurren, se tiene siempre la posesión*, a menos que una disposición legal no prescriba excepcionalmente, que sólo hay simple tenencia[341].

El ***animus***, según IHERING, *es la voluntad en sentido abstracto*, es decir, el hecho de querer tener una cosa, de influir sobre ella; el ***corpus*** es la relación del lugar, o sea *la mera relación material entre poseedor y cosa*.

Sobre los dos elementos ***animus*** y ***corpus*** y la manera como se relacionan entre sí, expresa ARTURO VALENCIA ZEA:

"Nosotros descomponemos la relación posesoria en dos elementos: ***corpus*** y ***animus***, entendiendo por el primero la mera relación del lugar con la cosa; y por el segundo, el acto por el cual la voluntad se aprovecha de esa relación, y hace de ella una relación posesoria...***En realidad, el corpus no puede existir sin el animus, como el animus tampoco puede existir sin el corpus***. Ambos nacen al mismo tiempo por la incorporación de la voluntad en la relación con la cosa. La posesión no es, pues, la simple reunión del ***corpus*** y el ***animus***, lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una existencia previa, sino que ***el corpus es el hecho de la voluntad***: no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de ser pronunciada".

"***el corpus y el animus son entre sí como la palabra y el pensamiento***. *En la palabra toma cuerpo el pensamiento, hasta entonces puramente interno*; *en el corpus toma cuerpo la voluntad, hasta aquel momento puramente interior*; ninguno de los dos existía antes de entonces para la percepción. La relación de lugar no

[340] HERNÁNDEZ GIL, Antonio, op. cit. pg. 65.
[341] VALENCIA ZEA, Arturo, op. cit. 72 y 73.

tiene otra importancia que la de ser la condición indispensable de la realización de la voluntad de poseer; pero no se convierte en ***corpus*** sino desde que la voluntad le impone el sello de la relación posesoria"[342].

Refiere IHERING, en su teoría de la posesión, ***que en lenguaje común las nociones de posesión y propiedad se emplean como expresiones equivalentes.*** Puede inferirse de este hábito del lenguaje cuan poca diferencia se advierte entre la propiedad y la posesión, en cuanto a su manifestación exterior en la vida. Y en realidad es así. *Por lo común el poseedor de una cosa es al mismo tiempo su propietario*; de ordinario el propietario es el poseedor, y mientras subsista tal relación normal, es inútil establecer una distinción.

"*El hecho y el derecho*; tal es la antítesis en que se reduce la distinción entre la posesión y la propiedad. ***La posesión es el poder de hecho, y la propiedad el poder de derecho sobre la cosa.*** Ambas pueden encontrarse en cabeza del propietario, pero pueden también separarse, pudiendo ocurrir esto de dos maneras: O el propietario transfiere a otro la posesión tan sólo, quedándose con la propiedad; o la posesión le es arrebatada contra su voluntad. En el primero, la posesión es justa (***possessio justa***), y el propietario mismo debe respetarla; en el segundo caso es injusta (***possessio injusta***), y puede aquél acabar con ella por una acción en justicia. Ahora bien; una vez adornado con esta facultad, resulta que tiene el *derecho de poseer*. En su persona, la posesión no tiene, como en la del poseedor injusto, el carácter de una relación de puro hecho, sino el de una relación jurídica; la posesión del propietario lleva consigo el derecho de poseer (***jus possidendi***)"[343].

Según dicho jurista, *la utilización económica de la propiedad tiene por condición la posesión.* ***La propiedad sin la posesión sería un tesoro sin lleve para abrirlo, un árbol frutal sin la escala necesaria para recoger sus frutos.*** La utilización económica de la propiedad consiste, según la naturaleza distinta de las cosas, en el ***uti, frui, consumere.*** De donde resulta que el propietario privado de la posesión se encuentra paralizado en cuanto a la utilización económica de su propiedad.

El Derecho Romano da al propietario el medio de recuperar la posesión de todo individuo en cuyas manos encuentra su cosa, y sea cual fuese la manera cómo este individuo ha recibido la posesión. Ese medio, que consistía en la época primitiva en un acto solemne de recurrir a la fuerza privada, y que no conducía a una instancia judicial más que en caso de resistencia, es la ***reivindicatio.***

---

[342] VALENCIA ZEA, Artuto, op. cit. pg. 73.

[343] VON EHERING, Rudolf; *La Posesión*, Bibliográfica OMEBA, Editores-Libreros, Buenos Aires, 1960, pg. 91 a 93.

IHERING, ***al referirse a la relación entre la propiedad y la posesión, resume en las proposiciones siguientes***:

1) La posesión es indispensable al propietario para la *utilización económica de su propiedad.*
2) Resulta de esto que *la noción de propiedad entraña necesariamente el derecho del propietario a la posesión.*
3) Ese derecho no podría existir si el propietario no estuviese protegido contra el despojo injusto de la posesión. La protección jurídica contra todos los atentados injustos a la posesión del propietario, y los cuales consisten en el despojo o en la perturbación de esta última, forma un postulado absoluto de la organización de la propiedad.
4) La cuestión de saber si al modo del Derecho Romano, la protección del derecho de poseer del propietario debe ampliarse aun contra los terceros poseedores, es para el legislador una cuestión abierta, que puede decidir y que ha decidido en uno u otro sentido[344].

La idea fundamental de toda teoría posesoria, refiere IHERING, es el ***jus possessionis***, esto es, el Derecho del poseedor de prevalerse de su relación posesoria hasta que se encuentre con alguno que lo despoje por la prueba de su ***jus possidendi***, y sin que el mismo deba probar su propio ***jus possidendi***.

La protección posesoria en el procedimiento romano consistía en una orden (***interdictum***) emanada del pretor a instancia de una parte y dirigida a la otra, orden que no tenía fuerza contra ésta última más que cuando concurrían las condiciones a las cuales se hallaba subordinada. En todas las órdenes pretorias de este género, el magistrado que las dictaba no investigaba si esas condiciones concurrían o no. Era esto objeto de instrucción ulterior por el juez, y la cual no se verificaba más que en el caso en que no se hubiera dado cumplimiento a la orden. *Los interdictos posesorios fueron*: ***Interdicta retinendae possessionis, interdiata recuperandae possessionis*** e ***interdicta adipiscendae possessionis***, *que pretenden retener, recuperar u obtener la posesión*, respectivamente.

La protección posesoria ha establecido, la misma relación íntima de la posesión con la propiedad, IHERING ***resume en las siguientes proposiciones***:

1) *La posesión constituye la condición de hecho* de la utilización económica de la propiedad.
2) Así, *el derecho de poseer es un elemento indispensable* de la propiedad.
3) *La posesión es la puerta que conduce a la propiedad.*

[344] VON EHERING, Rudolf; *La posesión*, op. cit. pg. 95 y 96.

4) La protección posesoria se presenta como una *posesión defensiva* del propietario, desde la cual puede rechazar más fácilmente los ataques dirigidos contra su esfera jurídica.
5) Por consiguiente, se niega dondequiera que la propiedad es jurídicamente excluida[345].

Aduce IHERING: "Si se parte de esta definición: los derechos son los intereses jurídicamente protegidos, no puede haber la menor duda de que es necesario reconocer el carácter de *derecho a la posesión*...**la posesión**: *constituye la condición de la utilización económica de la cosa.* Que esta utilización resulta así posible para el derechohabiente, como para el que no tiene derecho, no nos importa; en todo caso, la posesión presenta interés como pura relación de hecho: *es la llave que abre el tesoro, y es tan preciosa para el ladrón como para el propietario.* A este elemento sustancial de toda noción jurídica, el derecho añade en la posesión un elemento formal: la protección jurídica, y de este modo concurren todas las condiciones jurídicas de un derecho. Si la posesión como tal no estuviese *protegida*, no constituiría, en verdad, más que una relación de puro hecho sobre la cosa; pero desde el momento que es protegida, reviste el carácter de *relación jurídica*, lo que vale tanto como *derecho*"[346].

HISTORIA

La palabra ***possessio*** hace referencia a la tierra en que alguien está "asentado". Esta ***possessio***, en la época primitiva, en que presumiblemente hubo *una propiedad colectiva* del suelo a favor de las *gentes*, fue quizá el señorío que cada ***paterfamilias*** recibía de su estirpe, sobre una porción o parcela de tierra colectiva, para cultivarla y explotarla. Cuando tras el paulatino ocaso de las gentes, la tierra pasa a ser objeto de *dominio estatal* (***ager publicus populi romani***) y del *dominio privado* a favor del ***paterfamilias***, la posesión subsiste en ambas formas inmobiliarias. Durante la República, el Estado cede porciones de ***ager publicus***, para que las cultiven, a los ***paterfamilias***. Esta cesión ofrece dos formas: o la tierra cedida es tierra ya de cultivo, y se da en arriendo por los *censores*, contra el pago de una merced, como ***ager vectigalis***, o se trata de una tierra nueva, no explotada, cuya posesión se cede gratuitamente, ***ager occupatorius***. En ambos casos, el Estado conserva íntegro el derecho de revocar la concesión cuando a bien lo tenga, como dueño que es del suelo. Cada uno de los ***patres familias recibe la possessio de la tierra del Estado***, la cual resultaba protegida contra usurpaciones o perturbaciones ilegales, mediante los ***interdictos***. Además a esta posesión que versa sobre terrenos de dominio esta-

[345] VON IHERING, Rudolf; *La posesi*ón, p. cit. pg. 118 y 119.
[346] VON IHERING, Rudolf; *La posesión,* op. cit. pg. 125.

tal, hay otra que desde antiguo se da *en tierra de propiedad privada*, con lo que los propietarios de éstas gozan también de la protección interdictal. En los comienzos de la República se extiende la posesión a las cosas muebles[347].

2. CLASES DE POSESIÓN Y TERMONOLOGÍA ROMANA

Las fuentes del Derecho Romano, hacen las siguientes distinciones de posesión.

Possessio Civilis y Naturalis.- La posesión en sentido propio es la posesión jurídica o civil, se requiere la intención de estar en relación directa e inmediata con la cosa. Los romanos expresaban esta posesión con las palabras ***possessio, possessio civilis***; esta posesión está garantizada por medio de *acciones posesorias* ***-interdicta-***. Cuando la posesión es de *buena fe* y va acompañada de *justo título* puede conducir a la *usucapión.*

Possessio Naturalis, es la simple *detentación* o *tenencia de una cosa sin intención de retenerla para sí,* no constituye una verdadera posesión. Los romanos usaban las expresiones ***detentio, detinere, in possessione ese*** o también ***possessio naturalis*** ejm. *El arrendatario, el comodatario son detentadores*[348].

Possessio Iusta e Iniusta.- Esta distinción se refiere al origen de la posesión. ***Posesión iusta*** es cuando estaba exenta de vicio, esto es, si el poseedor la había adquirido de acuerdo a derecho, sin violencia, clandestinidad o concesión precaria ***-nec vi, nec clam, nec precario-***. ***Posesión iniusta o viciosa,*** cuando se poseía ***vi*** o sea con violencia física intimidación expulsando al anterior posesionario de la cosa; ***clam,*** el que había obtenido ocultamente, con ignorancia de quien podía contradecirlo; ***precario,*** aquel que teniendo en mero uso una cosa, se negaba a devolverla a pesar de haberla requerido formalmente.

El efecto principal de la ***possessio iusta*** *era la tutela interdictal, pero también la posesión injusta contaba con protección frente a terceros.* Por ejemplo, el ladrón, que por ser poseedor injusto, no deja de tener *posesión jurídica,* puede defenderse con las acciones posesorias contra las perturbaciones arbitrarias de cualquier tercero que no sea la persona robada.

Possessio Bonae Fidei y Malae Fidei.- La Buena fe es la *convicción* que se tiene de que al apropiarse de la cosa no se obra contra el derecho, no se perjudica

[347] KASER, Max, op. cit. pg. 91 y 92.

[348] ***El Código Civil Español de 1889*** en su art. 340 define separadamente la posesión natural y la civil, diciendo: "*La posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos*".

a nadie, el poseedor tiene motivos suficientes para creer que posee legítimamente; la ***possessio malae fidei***, es cuando *falta en el poseedor la convicción de que posee legítimamente*, o sea, cuando conoce que su poder sobre la cosa poseída no está respaldado por derecho alguno. ***La possessio bonai fidei era necesaria para que el titular pudiera convertirse en propietario por usucapión.***

La buena fe debe fundarse en un error excusable. Ordinariamente el error de derecho no es excusable. Por lo demás, la posesión de buena o mala fe no debe confundirse con la ***possessio iusta o iniusta***. Se puede poseer de buena fe y poseer injustamente, por ejemplo, cuando alguno se apodera a viva fuerza de una cosa que cree pertenecerle; y por el contrario, se puede poseer justamente y ser poseedor de mala fe, por ejemplo, cuando se adquiere una cosa de alguno que se sabe que no es el propietario ni tiene facultad para disponer de ella.

3. ELEMENTOS DE LA POSESIÓN.- DETENTACIÓN

La posesión se constituye por la reunión de dos elementos. El primero de carácter objetivo, se llama ***corpus*** y es precisamente el control o poder físico que la persona ejerce sobre la cosa.

El segundo elemento tiene carácter subjetivo, se denomina ***animus possidendi*** o simplemente ***animus*** y consiste en la intención o voluntad del sujeto de poseer la cosa, reteniéndola para sí, con exclusión de los demás.

El ***corpus*** o elemento material de la posesión, consiste generalmente en una serie de actos que ejecuta el poseedor en relación con la cosa poseída, cuando el elemento material se encuentra solo, es decir se carece del ánimo de dueño, ocurre la ***detentación***, y el sujeto no es propiamente poseedor sino mero detentador.

El segundo elemento, ***animus domini***, es el elemento formal, y por ende el más importante.

El elemento material u objetivo –***corpus***- y el otro intencional o subjetivo –***animus***- *integran el instituto de la posesión*, y su conjunción era necesaria para que se reconociese consecuencias jurídicas y su debida tutela y protección. Así cuando la intención del que tenía en su poder una cosa era poseerla como cosa ajena y no de ejercer más que los derechos de propiedad de otro, los romanos decían ***non possidet***, es decir no tiene posesión jurídica. ***La posesión en concepto de dueño presupone el animus domini –es la posesión in nomine proprio-.***

DETENTACIÓN

La detentación –**naturaliter possidere**- no supone sino un solo elemento, el elemento material o "***corpus***" no supone la existencia del "***animus***", el detentador al no poseer por sí mismo, posee por cuenta de otro –***posee alieno domine***-. Son

simples detentadores: *el arrendatario, el comodatario, el depositario*; los romanos llaman a esta tenencia "***possessio naturalis***".

El Código Civil Alemán y el ***Código Suizo***, para atender a la necesidad social de protección a favor de los poseedores en nombre de otro o ajeno, ambas partes: arrendador y arrendatario, depositante y depositario, lo consideran como poseedores (***poseedor inmediato y mediato***)[349]. ***El Código Civil Peruano*** en su art. 905 trata de la ***posesión inmediata y mediata*** y análogamente el ***Código Civil suizo***, nos habla de ***poseedor dependiente e independiente*** y gozan ambos de la protección posesoria.

4. ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

La posesión se adquiere *corpore et animo*: *apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore* (D. 41, 2, 3, 1). Ver art. 900 del C.C. peruano sobre la forma de adquirir la posesión.

Según la concepción clásica, la posesión se adquiere ***corpore et animo***, esto es, *mediante la relación corporal con la cosa, un poder de hecho sobre ella, con voluntad de señorío sobre la misma.* Ambos elementos constituyen una unidad. Una abundante casuística distingue los casos en que debe considerarse adquirido el poder de hecho sobre el objeto[350].

Cuando un detentador adquiere la posesión, de aquél, para quien posee la cosa, por ejm. *El arrendatario compra la cosa arrendada a su arrendador*, basta la voluntad del dominio, implícita en el consentimiento, para que el adquirente obtenga la posesión -***brevi manu traditio***- Transmisión abreviada- (Gayo D. 41, 1, 9, 5).

Si recíprocamente una cosa es vendida y seguidamente arrendada por el comprador a su vendedor, el adquirente recibe la posesión ***animo et corpore*** sin transmisión corporal, pues el vendedor ejercita ahora el poder de hecho, como detentador que es, por el comprador de la cosa, este caso de ***constitutum possessorium*** (D. 41, 2, 18).

---

[349] Ver *Código Civil Alemán* arts. 868, 870 y 871. El art. 855 se refiere a la figura del llamado *Besitzdiener* o "*servidor de la posesión*". *Besitz = posesión.*

[350] En la transmisión de inmuebles basta por ejemplo Señalar desde una torre los límites del predio que se quiere transmitir (D. 41, 2, 18, 2).
Para adquirir un inmueble basta entrar en él, hollarlo, con el fin de poseerlo (Paulo D. 41, 2, 3, 1).

CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN

La posesión se conserva ***animo et corpore nostris*** o bien ***animo nostro, corpore vel nostro vel alieno***. En general, se considera que no es necesaria una actuación inmediata o constante, sino que basta la posibilidad de disponer libremente de la cosa en cualquier momento.

Se conserva la posesión ***nudo animo -solo animo retinetur possessio-*** en caso de los ***saltus hiberni et aestivi***, es decir de los fundos que quedan abandonados durante una parte del año. Los clásicos admiten tal conservación ***utilitatis causa***; los justinianeos generalizan lo que antes era norma excepcional para considerar la conservación de los ***saltus hiberni*** como uno más entre los varios ejemplos.

Según GAYO, se puede adquirir sin violencia la posesión de un fundo ajeno cuando está vacante por abandono, muerte sin sucesor o larga ausencia del dueño. El ausente que retorna carece de *remedios posesorios* porque cesó la posesión al ser ocupado el fundo. Si es propietario, sólo le cabe ejercitar la ***reivindicatio***. **El derecho justinianeo** entiende por el contrario, que el ausente conserva la posesión ***solo animo***.

Se conserva la posesión, ***animo nostro, corpore alieno***, cuando otro, v.gr. el arrendatario, el depositario, el comodatario o el ***procurator***, detentan la cosa en nuestro nombre.

PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

Como relación duradera fáctica que es, ***la posesión se pierde corpore et animo*** cuando el poseedor cesa voluntariamente en el señorío de hecho sobre la cosa, o solamente ***corpore***, cuando tal poder fáctico se pierde involuntariamente por ejemplo en el caso de *fuga de animales o de extravío de cosas*, de modo que no puedan ser halladas. (Paulo D. 41, 2, 3, 13). *Una extensa práctica jurisprudencial admite una serie numerosa de casos en que la posesión es mantenida sólo animo*, siempre que concurra una cierta perspectiva de recuperación del señorío corporal (Gayo, 4, 153).

JUSTINIANO, cuya tendencia a configurar la posesión como un derecho es notoria, generaliza y amplia estos casos hasta crear el principio según el cual la posesión, aún cuando pierda el elemento corporal o poder de hecho se mantiene por la sola y exclusiva subsistencia de la voluntad del poseedor.

Se pierde la posesión cuando llega a faltar cualquiera de sus elementos, animus vel etiam corpore.

a) Pérdida de la "***possessio corpore***".- Se pierde la cosa mueble cuando otro se apodera de ella, importando poco que tal ocurra con violencia o clandestinamente (D. 41, 2, 25).

Pierde la posesión quien entierra o esconde una cosa, olvidando después el lugar en que lo hizo. Tal pérdida tiene efecto aunque nadie la haya tomado si más tarde le viene a la memoria el sitio en que está enterrada o escondida, *inicia una nueva posesión.* **El derecho justinianeo** considera en cambio, *que la flaqueza de la memoria no perjudica a una posesión que otro no invadió* (D. 41, 2, 44).

En cuanto a los animales que tienen la costumbre de irse y regresar, como las *palomas* y las *abejas*, así como los *siervos*, que suelen ir volver de los bosques, cesa la posesión de estos ***animales domesticados*** cuando pierden ***el animus revertendi,*** dejan de ser nuestros[351], y la de los *animales salvajes* cuando recuperan la ***naturalis libertas*** (Gayo, 2, 67).

b) Pérdida de la posesión por defecto de "***animus possidendi***".- No se pierde la posesión porque el poseedor deje de ejercer *a causa de olvido*, el poder sobre la cosa. Se pierde, en cambio, cuando sobreviene una ***falta de animus.***

c) Pérdida de la posesión "***animo et corpore***".- Tiene lugar en los casos de tradición y abandono voluntario ***derelictio*** *de la cosa.* También **por la muerte del poseedor**; ***la posesión no se transmite ipso iure al heredero***, sino que éste ha de aprehender la cosa (D. 41, 2, 23 pr.).

5. CUASI- POSESIÓN O POSESIÓN DE DERECHOS

Aunque el Derecho Romano partía del principio de que la posesión sólo podía recaer sobre *cosas corpóreas* (***Possideri possunt, quae sunt corporalia*** D.41, 2, 3), llegó a admitir que dicho señorío podía ejercerse sobre los derechos o cosas incorpóreas con el nombre de ***cuasi possessio*** o ***possesssio iuris*** ejm. *El usufructo, el uso, la habitatio.*

En la época clásica, la posesión recae sobre la ***res -possessio rei-***, pero no sobre el ***ius -possessio iuris-***. La protección interdictal es entendida, *por vía útil*, al usufructo, al uso a la habitatio y a alguna de las principales servidumbres prediales, pero no se habla con relación a estas figuras de ***possessio*** sino de ***usus*** y de ***uti.*** Cierto es que todavía se habla de ***cuasi-possessio***, en el sentido de que el usufructo y el uso implican un goce de la cosa semejante a la posesión. **Los justinianeos transforman la cuasi posssessio** -sobre la ***res corporalis*** en señoría sobre la ***res incorporalis- possesssio usus fructus-***. Ahora es posible la ***posesión de iura***: *posesión del usufructo, del uso, de la* ***habitatio***, *de las servidumbres prediales, de la*

[351] ***Animus revertendi.***- Hábito de los animales domesticados de volver a la casa de sus dueños.

enfiteusis y de la superficie. **La *possessio iuris*** tiene la amplitud de la más antigua noción de ***usus*** (concepto de ***usus***, más amplio que el de ***possessio***).

6. DEFENSA DE LA POSESIÓN

Para seguridad de la posesión contra la privación o perturbaciones ilícitas de que se puede ser objeto, sirven, no las acciones, sino ***los interdicta*** (*interdictos*).

Los interdictos constituyeron, presumiblemente *en su origen, una especie de procedimiento estatal administrativo* destinado a preservar las posesiones privadas y más singularmente las públicas. *En el período republicano forman parte de un procedimiento especial dentro del proceso civil romano,* configurándose como órdenes provisionales dadas por el pretor a petición del interesado, de carácter expeditivo, es decir, encaminadas a mantener una situación o a obtener un determinado comportamiento sin admitir dilación.

La doctrina jurídica de la época clásica agrupa los interdictos posesorios en *interdictos que tienden a retener, recuperar* u *obtener la posesión*: ***interdicta retinendae possessionis, interdicta recuperandae possessionis, interdicta adipiscendae possessionis.***

6.1. INTERDICTA RETINENDAE POSSISSIONIS

Tiene por objeto obtener el reconocimiento de la posesión en caso de perturbación o molestia por parte de extraños. Para esto existen dos interdictos: ***el interdictum uti possidetis*** y ***el interdictum utrubi.***

a) ***El interdictum uti possidetis***, defiende la posesión de inmuebles y se concibe en estos términos: ***uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto*** -Prohíbo que se haga fuerza para impedir a aquel de vosotros que al presente esté en posesión no viciosa de la cosa disputada que la posea como ahora la posee.

   Mediante el ***interdicto uti possidetis***, *el poseedor logra mantener la posesión actual siempre y cuando no sea injusta* –adquirida ***vi, clam* o *precario***- respecto del adversario. Importa poco, por lo demás, que sea justa o injusta con relación a cualquier tercero.

   El pretor se dirige por igual a quien reclama y a aquel contra el cual se reclama, ya que ambos al pretender la posesión del inmueble, asumen a la vez el papel de demandante y demandado. ***Es un interdictum duplex.***

b) ***El interdictum utrubi***, se da para defender la posesión de cosas muebles. Su fórmula es: ***Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is***

eum ducat, vim fieri veto -Prohíbo que se haga violencia para impedir que se lleve a este esclavo, por el que se cuestiona, aquel de vosotros en cuyo poder estuvo la mayor parte de este año sin violencia ni clandestinidad ni en precario. ***Lo mismo que el uti possidetis, es duplex****, pero se diferencia de él en que no se protege al poseedor actual*, sino al que haya poseído más tiempo, sin violencia, ni clandestinidad ni precariamente, durante el año anterior al interdicto. *El poseedor puede sumar su posesión a la de su causante*, ya se trate de sucesión *a título universal* -***successio possessionis***- *o a título particular* -***successio possessionis***-. En la época de JUSTINIANO se concede este interdicto siempre al poseedor actual de la cosa.

Los *interdicta retinendae possessionis* se ejercitan únicamente en el *plazo de un año* en que se ha sufrido la perturbación o molestia (véase art. 921 del CC concordante con el art. 606 del CPC peruanos).

En el derecho justinianeo *los dos interdictos uti possidetis y utrubi se equiparan en una sola acción posesoria*, ya sea se trate de inmuebles o muebles, triunfando quien poseyera ***nec vi, nec clam, nec precario***, respecto del adversario al momento de iniciarse el proceso (Inst. 4, 15, 4 a.).

6.2. INTERDICTA RECUPEANDAE POSSESSIONIS

De carácter recuperatorio es el ***interdictum unde vi***, en sus dos formas: ***de vi*** y ***de vi armata*** (posesión con violencia o mediante fuerza armada). Ambos se refieren al despojo violento de la posesión de inmuebles.

El interdicto unde vi se otorgaba al poseedor que hubiera sido *expulsado con violencia de un fundo* o *de un edificio* de cuya posesión gozaba (sin adolecer de vicio en relación con el adversario) ya se tratara de una violencia ordinaria (***vi cotidiana***) o a mano armada (***vi armata***). En el caso, el autor del despojo debía restituir la cosa sin poder oponer la ***exceptio vitiosae posssessionis***, *pues la defensa interdictal se otorgaba incluso al que poseyera* ***vi, clam* o *precario***. Este interdicto es ejercitable únicamente en el plazo de un año contado desde la consumación del despojo.

Se cita también en la categoría de los interdictos ***recuperandae possessionis*** al ***interdicto de precario***.

El interdicto de precario semejante a las acciones restitutorias (no penales) sirve para conseguir la restitución de una cosa que otro posee y cuya posesión se obtuvo mediante ruegos o preces, y también para obtener la indemnización del valor de aquello que por efecto de dolo malo se dejó de poseer (D. 43, 26, 2, pr.), véase art. 911 del CC.

6.3. INTERDICTA ADIPISCENDAE POSSESSIONIS

Estos interdictos no eran medios de protección de la posesión, como los ya considerados, *sino medidas procesales destinadas a hacer adquirir la posesión de cosas aún no poseídas*. Entre éstos se cuentan **el interdictum quorum bonorum**, otorgado al heredero pretoriano o ***bonorum possessor***; **el interdictum quod legatorum**, concedido al *heredero civil* y *al pretoriano* para obtener la entrega de las cosas de que el legatario se hubiera apoderado sin el consentimiento de ellos; **el interdictum salvianum**, dado al arrendador de un fundo a quien no se le hubiera pagado el arriendo a su vencimiento para hacerse poner en posesión de los objetos que el colono o arrendatario hubiera introducido en la finca, y **el interdictum possessorium**, creado a favor del ***bonorum emptor*** con el fin de que pudiera entrar en posesión del patrimonio que se le hubiera adjudicado a consecuencia del concurso de un deudor insolvente (***bonorum venditio***).

7. POSESIÓN Y PROPIEDAD

La posesión tiene analogías con la propiedad y la tenencia; sin embargo, presentan diferencias notables, que hacen que la propiedad presente rasgos típicos característicos.

Corrientemente la propiedad y posesión están unidas a un mismo titular, y ello lleva a considerar a la segunda como *imagen exterior* o *posesión avanzada de la propiedad*, según el pensamiento de IHERING como se ha detallado anteriormente. *Sin embargo, la propiedad puede hallarse desunida a la posesión y al contrario. Por ello el derecho romano consideró que la propiedad y la posesión eran instituciones conceptualmente distintas* (***nihil commune habet proprietas cum possessione***)[352]. Calificó a la propiedad de ***res iuris*** y a la posesión de ***res facti***. La propiedad es el mayor señorío que una persona puede tener sobre una cosa, otorga a su titular los más absolutos poderes sobre ella, a la que puede llegar a degradar a su arbitrio, mientras no se perjudique a terceros. *La posesión sólo otorga al poseedor el derecho de tener la cosa bajo su poder y de usarla y aprovecharla como lo juzgue más conveniente. El dominio se adquiere por ciertos medios solemnes o no*, expresamente prescritos por la ley, en tanto que a la posesión se entra por la simple aprehensión de la cosa. *Se pierde la propiedad por el designio de su titular o por causa de la cosa misma; la posesión por el hecho de terceros.* **Se tutela a la propiedad** por medio de ***acciones in rem*** como la ***reivindicatio, la legis actio per***

---

[352] La propiedad no es otra cosa que el "*mejor derecho a poseer*" en relación con determinada persona.- Max Kaser, op. cit. pg. 102.
La propiedad en la época antigua de Roma era el único derecho real y era considerado como un derecho relativo.

sacramentum in rem*, la posesión** por medios extraprocesales concedidos por el magistrado: ***los interdictos posesorios.

La posesión y la tenencia son también dos institutos estructuralmente distintos. En la posesión el titular actúa sobre la cosa como si fuera propietario, teniendo materialmente su disponibilidad (***corpus***) e intelectualmente la voluntad de conservarla (***animus***). **En la tenencia**, caso del depositario (***de depositum***), el comodatario (***de comodatum***), el mandatario, el gestor de negocios sin mandato, el empresario, arrendatario, poseen a nombre de otro *-**alieno nomine possidet**-*. ***La tenencia no gozaba de la poteción interdictal, como la possessio.***

II. LA PROPIEDAD

1. CONCEPTO DE PROPIEDAD

El vocablo propiedad proviene del término latino ***proprietas***, que a su vez deriva de ***proprium***, que significa "*lo que pertenece a una persona o es propio*".

La mayoría de los autores pretenden derivar la palabra ***domininio*** del vocablo latino "***dominium***" que procedía de ***domus***, *casa*, *morada*. Los romanos denominaron "***dominium***" a todo lo que correspondía al dueño de la casa. Otra explicación del origen de dominio lo hace provenir del vocablo latino "***domo***" que significa *domar*, *dominar*. Esta es una explicación previa, pues no tenemos noticias de que Roma en sus comienzos tuviera un verdadero concepto de propiedad y se ha llegado a este concepto resumiendo la filosofía jurídica del pueblo romano, sus juristas y sus legisladores. ULPIANO da una idea de propiedad al definir al "***paterfamiliae***" diciendo: "***qui in domo dominium habeat quamvis filios habeat***" *-Dominio es propiedad ejercida sobre una cosa determinada.* ***Las Instituciones de Justiniano*** contienen una definición imprecisa de propiedad: "***Dominium est plena in re potestas***".

Definimos la propiedad como la facultad que corresponde a una persona llamada propietario, de obtener directamente de una cosa determinada, toda utilidad jurídica que esa cosa es susceptible de proporcionar.

La propiedad es "*la señoría más general, en acto o en potencia, sobre la cosa*" (BONFANTE). Como señoría la propiedad entraña un poder tan amplio, que no es posible reducir a un cuadro de la serie de facultades que encierra: *derecho de usar, de disfrutar, de enajenar, de reivindicar*, etc. En principio la cosa se somete entera y exclusivamente al dueño. Sin embargo limitaciones de varia índole son impuestas por la norma jurídica para tutela de un interés público o privado, cuando no surgen de la existencia de vínculos o derechos concurrentes: servidumbres, prohibiciones de enajenar, o de reivindicar, o de pertenencia de la cosa en común *-copropiedad-*. Ver arts. 923 y 925 del CC.

2. ELEMENTOS DE LA PROPIEDAD

Las fuentes romanas no nos dan una definición del derecho de propiedad, ni llegan a utilizar una terminología uniforme para designarla. Así, encontramos los términos ***dominium, mancipium*** y ***proprietas***. Sin embargo los comentaristas condensaron el derecho de propiedad en sus elementos integrantes: el ***ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*** y ***ius vindicandi***.

El ***ius utendi*** o de ***usus*** era el derecho que tenía el propietario de *servirse de la cosa* y obtener todas las ventajas que pudiera ella reportarle, *sin incluir los frutos*; ***ius fruendi*** o ***fructus*** importaba *la facultad de gozar del bien obteniendo los frutos civiles o naturales que él pudiera producir*; ***ius abutendi*** o **abusus**, *implicaba el derecho consumir la cosa y disponer de ella en forma absoluta, inclusive destruirla o enajenarla* y el ***ius vindicandi*** constituía el derecho que tenía el propietario de reclamar el objeto de terceros poseedores o detentadores.

3. CARACTERES DE LA PROPIEDAD

La propiedad romana presentó primitivamente algunos caracteres cuya rigidez se suavizó con el transcurso del tiempo, sin que éste lograse hacerlos desaparecer en absoluto.

***He aquí los caracteres*:**

1. ***Era un derecho absoluto,*** no porque no pueda tener limitaciones, sino *porque las facultades del titular no están prohibidas o limitadas taxativamente, siendo por tanto indeterminadas*. **Las ventajas del propietario se reducen a tres:** "***ius utendi***" derecho de servirse de la cosa, "***ius fruendi***", derecho de obtener los frutos y rentas, y "***ius abutendi***", derecho de disposición que incluye hasta la destrucción.

   El inmueble objeto del dominio del ciudadano romano tuvo, primitivamente, límites señalados con la ceremonia solemne y sagrada llamada "***limitatio***", marcados por los ***gromatici*** (*agrimensores*), que debían su nombre al instrumento de topografía que usaban denominado ***groma*** y que tenían el carácter de funcionarios públicos y religiosos. Los terrenos así deslindados y cuyos límites estaban bajo la protección del ***dios Término***, se llamaban ***agri limitati***, en contraposición a los ***agri arcifinales*** que no tenían otros límites que los naturales, tales como los ríos o las montañas[353].

---

[353] RAVEAU, Rafael; Derecho Romano, Tratado Elemental; Librería y Editorial "NASCIMENTO", Santiago de Chile.

Los terrenos colocados fuera de los ***agri limitati*** constituían el ***ager publicus.***

Este primitivo carácter de la propiedad inmueble privada del ciudadano, desapareció a consecuencia de las **Leyes Agrarias.**

2. ***Era un derecho exclusivo e individual***, sólo pertenece al propietario, no se concibe la titularidad de dos o más sujetos sobre una misma cosa, para este supuesto se configura el *condominio o copropiedad*. El propietario puede impedir, a quienquiera que sea, concurrir en el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad (***ius prohibendi***).
3. ***La propiedad romana se distinguía por su autonomía.***- La institución de la propiedad romana sobre el suelo se manifiesta por su enérgica defensa, que no tolera limitación alguna; pero este carácter de independencia y autonomía sufrió restricciones cuando surgieron las *servidumbres*.
4. ***La propiedad romana tenía una virtud absorbente,*** en el sentido de que todo lo que se encuentra o se incorpora al fundo objeto de la propiedad, aguas, tesoro edificios, etc. Pertenece al propietario del fundo.
5. ***La concepción jurídica jamás concibió el dominio sobre un inmueble sujetándolo a éste al pago de tributos.*** Sólo pagaban tributos los fundos provinciales, razón por la cual no fueron susceptibles de dominio.

   Esta inmunidad de los fundos itálicos cesó en la época de Diocleciano, en la que desapareció toda distinción entre propiedad privada ***ex iure Quiritium*** y propiedad provincial.
6. ***Era un derecho perpetuo e irrevocable,*** que subsiste con independencia del ejercicio que de él haga su titular, consecuencia del carácter absoluto y exclusivo que ella presenta, lo cual hace que no se conciba que el propietario que tiene sobre la cosa el más amplio señorío esté obligado a desprenderse de ella en un tiempo determinado. *En Roma no se podía constituir un derecho de* ***dominio ad tempus,*** esto es no se podía fijar un plazo vencido el cual la cosa volviese a su enajenante. Este carácter de *perpetuidad* del dominio subsiste en la época de Justiniano[354].

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DOMINIO

Es incuestionable que, desde tiempos más remotos, se conoció en todos los países la propiedad individual sobre las *cosas muebles*, tales como las armas, vestidos, animales, pues no se explica de otra manera la antiquísima costumbre de sepultar estas cosas junto con su dueño difunto o sacrificarlas sobre su tumba.

[354] RAVEAU, Rafael; op. cit. pg. 100.

La cuestión del origen de la propiedad se refiere a los *inmuebles*. Se ha sostenido que la propiedad individual tuvo su origen en la comunidad agraria, esto es en el suelo que pertenecía colectivamente a la tribu. Si esto es así, esa doctrina es inaplicable a nuestro estudio porque cuando Roma se constituyó en Estado-Ciudad, la condición de los grupos sociales que participaron en la fundación de la Ciudad había salido de su estado primitivo, siendo lo más probable que hubiesen dejado atrás el estado de la propiedad colectiva.

Suelo de Roma.- el territorio de Roma, el ***ager romanus***, perteneció en un principio; según parece, a todo el pueblo romano, que pasó a ser propietario privado en virtud de concesiones atribuidas a **Rómulo** y **Numa**.

Suelo Itálico.- Menos oscuridad existe en cuanto al suelo itálico a medida que, por la conquista, se fue agregando a Roma. Este suelo, si estaba formado por *terrenos de cultivo*, fue enajenado o distribuido por el Estado, formándose el ***ager privatus***; pero si se trataba de *terrenos incultos*, formaban parte del ***ager publicus*** que el Estado permitía ocuparlos mediante el pago de un tributo. El ocupante de estos terrenos no era dueño sino un simple poseedor, cuya posesión fue amparada por el pretor y transmisible por herencia, gozando, por tanto, el poseedor de estos terrenos (***agri ocupatorii***) de derechos casi análogos a los del verdadero dueño.

Las Leyes Agrarias promulgadas en la mitad del siglo VII transformaron estas posesiones en dominios y poco después en el suelo itálico no hubo sino propiedades privadas clasificadas en la categoría de ***res mancipi***.

Suelo Provincial.- Otra cosa muy distinta ocurrió con *el suelo provincial*: salvo ciertos privilegios, *fue dominio del Estado y sus ocupantes simples poseedores que le pagaban tributo*; pero estos poseedores gozaban de una especie de dominio bajo los siguientes aspectos: transmitían el suelo por herencia, podían transferirlo por actos inter vivos, podían adquirirlo por la prescripción de largo tiempo y lo defendían mediante una ***actio in rem*** especial.

Los emperadores concedieron a ciertas provincias el ***Ius Italicum*** abandonando con ello el dominio del Estado y adquiriendo los particulares sobre ellas el *dominio quiritario o propiedad* civil.

Suprimidas por JUSTINIANO la distinción entre la ***res mancipi*** y la ***res nec mancipi***, desapareció toda diferencia entre el suelo itálico y el provincial con relación a la propiedad privada[355].

[355] RAVEAU, Rafael; op. cit. pg. 100 y 101.

4. CLASES DE PROPIEDAD

La institución de la propiedad estuvo regulada desde los más antiguos tiempos de Roma por el *derecho civil o quiritario*, que creó un señorío general y pleno sobre las cosas, llamado ***dominium ex iure quiritium***, *organizado dentro de rígidos principios, acordes con las características propias del derecho romano primitivo*. Avanzando en la evolución, cuando el ***derecho pretoriano*** entró a corregir las instituciones del ***ius civile*** para acomodarlas a las exigencias de la *equidad, al lado de la propiedad quiritaria apareció un nuevo dominio, carente de formalidades y de contenido más amplio*, que se designó con las expresiones: ***in bonis ese*** o ***in bonis habere***, y que los intérpretes han denominado ***propiedad bonitaria* o *pretoria***.

1. Propiedad Quiritaria o "dominium ex iure quiritium".

Durante algún tiempo la única forma de propiedad reconocida por el Derecho Civil es el ***dominium ex iure quiritium***, cuyas características formales son las siguientes:

a) *El sujeto ha de ser ciudadano romano*. El no ciudadano, aunque goce del ***ius commercii***, y sea capaz de realizar la ***mancipatio***, no adquiere la propiedad quiritaria.
b) *El objeto tanto puede ser una cosa mueble como inmueble*. Esta última sólo es idónea si se halla situada ***in solo itálico***. ***Ius italicum*** y ***dominium ex iure quiritium*** se corresponden en la época clásica.
c) La adquisición debe llevarse a cabo mediante un modo civil: **mancipatio**, para la ***res mancipi;*** **traditio**, para la ***res nec mancipi***, e **in iure cessio**, *para una y otra categoría de cosas*.
d) La tutela procesal se realiza por la ***reivindicatio***.

La adquisición de la propiedad civil se hace depender del cumplimiento de un acto solemne. Una ***res mancipi*** sólo puede enajenarse, según se ha dicho, mediante ***mancipatio*** o ***in iure cessio***. En otro caso el adquirente no se hace ***dominus ex iure quiritio***

2. Propiedad Bonitaria o "in bonis habere"

Esta clase de propiedad que tuvo reconocimiento legal en el derecho romano por la acción del pretor, lo cual le ha valido la designación de *propiedad pretoria*, se daba cuando faltaban algunos requisitos necesarios para la existencia del *dominio quiritario*.

Llamada también "***in bonis habere***"[356], *era la propiedad reconocida y sancionada por el derecho pretoriano* en oposición a la propiedad quiritaria que reconocía y sancionaba el derecho civil.

[356] "***In bonis habere***" significa "*tener la cosa entre sus bienes*".

El *propietario bonitario* era el que tenía la posesión y todos los atributos de la propiedad, derecho de servirse de la cosa y de obtener los frutos, pero a los ojos del derecho civil no era propietario, no podía emplear los modos de enajenación "***mancipatio***", "***in iure cessio***" o "***legado per vindicationem***". Sólo podía usar la "***traditio***" y si manumitía al esclavo de quien sólo era propietario bonitario, hacía de él ***latino iuniano*** y no ciudadano.

Cuando el derecho avanzó, *el propietario bonitario*, después de poseer los inmuebles por dos años y los muebles por uno, *se volvía propietario quiritario por usucapión.*

El caso originario de la propiedad bonitaria fue la *tradición de una cosa* "***mancipi***", pero hubo otros casos de propiedad bonitaria impuestos por el pretor; el caso de un heredero pretoriano o "***bonorum possessor***"; el caso del comprador de un patrimonio de un deudor quebrado o "***bonorum emptor***".

Habiendo llegado a tener capacidad todos los súbditos romanos, sin distinción de ciudadanía, para ser titulares de las cosas en legítima propiedad; desaparecida asimismo, la distinción entre fundos en suelo itálico y en suelo provincial y la de propiedad civil y quiritaria, *con el derecho justinianeo se llega a un criterio unitario de propiedad*, elevando a la categoría de propiedad civil todos los casos que se habían reconocido como propiedad ***in bonis***. *A partir de entonces la propiedad se denominó indistintamente* ***dominio*** *o* ***proprietas.***

3. Propiedad Provincial

Se refiere a los fundos situados ***in provinciale solo*** que pertenecían a Roma por derecho de conquista, eran sólo susceptibles de ***possessio vel usufructus***, ya que la propiedad era del Estado. Las tierras cultivadas eran repartidas, gratuitamente o en venta, se denomina "***agri limitati***". Las tierras incultas se pueden tomar libremente mediante el pago de un "***stipendium***" y se denominan "***agri occupatoru***".

Los poseedores de fundos provinciales pueden transmitirlos por ***tradición*** o por causa de muerte, perciben los frutos y productos y aunque no se aplica la "***usucapio***", pueden adquirir la propiedad por la "***praescritio longissimi tempori***".

Bajo JUSTINIANO desaparece toda distinción entre ***res mancipi*** y ***res nec mancipi*** en materia de propiedad privada, quedando equiparadas así las tierras provinciales con las itálicas. El ***Ius Italicum*** sólo tuvo a partir de este momento un interés meramente fiscal.

4. Propiedad Peregrina

Los ***peregrini*** no pueden ser propietarios ***ex iure quiritium***. Aunque tengan el ***ius commercium***, en virtud de una norma o privilegio, no les es dable adquirir

derechos de dominio quiritario. Su capacidad jurídica y civil se halla regulada por las reglas del ***ius gentium***.

No les compete ninguna defensa fundada sobre acción civil, pero *el pretor peregrino* y *los gobernantes* de las provincias *protegen la propiedad de hecho de los peregrinos* mediante acciones análogas a las que tutelan el dominio quiritario.

Con la Constitutio Antoniniana[357] desaparece la condición jurídica de los peregrinos en el sentido clásico del término, y la propiedad, por lo mismo se unifica también bajo este aspecto.

5. LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD

1. *Limitaciones de derecho Público*

a) Prohibición de enterrar cadáveres en fincas urbanas.

b) Pasaje forzoso en beneficio de la comunidad: provisionalmente mientras dure la intransitabilidad de un camino público hacia lugares "religiosos" a favor de quien tiene el "***jus sepulcri***", hacia ríos y canales navegables.

c) Las fincas colindantes con ríos navegables deben soportar el uso de sus riberas para maniobras de navegación.

d) En la época de JUSTINIANO aparece **la expropiación** por causa de utilidad pública, sin embargo a partir de TEODISIO II se facultaba demoler edificios previa indemnización.

e) *En la época clásica se reglamentaba ya la altura, estética y distancia de las construcciones.*

2. *Limitaciones de Derecho Privado.*

a) Se puede exigir al vecino el corte de las ramas de un árbol que se extiende sobre una propiedad.

b) Derecho de recoger frutos sobre plantas propias desprendidos sobre suelo ajeno.

c) La servidumbre de paso impuesta por un magistrado en casos de fundos incomunicados.

d) Prohibición de alterar con obras el fluir de aguas en detrimento de los demás fundos "***actio acquae pluviae arcendae***".

e) Diferentes acciones acordadas por la ley a los propietarios por causas

[357] ANTONINO CARACALLA, en el año 212 por su célebre ***Constitutio Antoniniana***, concedió la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio a excepción de los ***dediticios*** (manumitidos que durante la esclavitud habían sido castigados o sufrido pena infamante).

de vecindad como: "***actio damni infecti***"[358], "***novi operae***", "***finium regundorum***"[359].

6. MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

El Derecho Clásico *distinguía los* ***modos de adquisición del derecho civil,*** solemnes, formales y sólo asequibles a los ciudadanos romanos, *de los de* ***adquisición del derecho natural o de gentes,*** *comunes a todos los pueblos.* Esta diferenciación perdura en la compilación justinianea.

Los intérpretes han sustituido tal distinción por otra de *sello bizantino* que clasifica los modos de adquirir la propiedad en ***originarios*** y ***derivativos.*** Los originarios, en los que la adquisición no media relación con el antecesor jurídico, autor o transmitente, es decir se produce una relación directa con la cosa como ocurre con la ocupación de una cosa sin dueño (***res nullius***). Es derivativa, cuando la adquisición se logra por la traslación de los derechos del anterior propietario, como en la ***traditio.***

6.1. ORIGINARIOS

Tienen lugar por una *relación directa con la cosa*, es decir, sin que medie transmisión de un propietario anterior ejm: La *ocupación, accesión, especificación, confusión y conmixtión, la usucapio* o *usucapión*, etc.

a. LA OCUPACIÓN

La ocupación consiste en la toma de posesión de una cosa sin dueño -***res nullius***- o porque su dueño lo abandonó -***res derelictae***-, susceptibles de propiedad privada, con intención -***animus***- de hacerse propietario de ella. Ver arts. 929 y 930 del Código Civil Peruano.

Los romanos consideraban entre la res nullius a las siguientes:

1. *Los animales salvajes,* los productos de la caza y pesca;
2. *El botín tomado al enemigo* y los prisioneros hechos en tiempo de guerra, o en tiempos de paz, en países que no tenían tratados de paz con Roma;
3. *Las perlas y corales* hallados en el mar, las islas de reciente formación que no tuviesen dueño y las piedras preciosas;

[358] Acción concedida en beneficio de quien teme ser víctima de un daño que amenaza producirse por derrumbamiento de la casa del vecino. Según la *Lex Julia de Judicis Privatis* se intentaba por una *Legis Actio.*

[359] ***Actio Finium Regundorum.***- Acción divisoria de linderos, arbitraria, establecida desde la Ley de las XII Tablas, teniendo por objeto determinar judicialmente los límites de un fundo o predio rústico.

4. *Los tesoros* (cantidad de dinero o piedras preciosas cuyo anterior propietario es ignorado); originariamente se requería la *aprehensión material del tesoro*; luego se reconoce el derecho del descubridor y finalmente se considera que pertenece al Estado. JUSTINIANO dispuso que si el tesoro es encontrado en un fundo ajeno, debe repartirse por mitades entre el descubridor y el dueño del fundo. Si se trata de bienes públicos, la mitad correspondiente al dueño pasa a engrosar las arcas públicas.

   El Código Civil Peruano en su art. 934 regula la búsqueda del tesoro y en el art.935 la partición del tesoro.

b. ACCESIÓN O ACCESSIO

Hay accesión cuando una cosa se adhiere a otra, por obra natural o artificial, para integrarse ambas en un solo cuerpo. En virtud del principio ***"accessio cedit principali"*** *lo accesorio sigue la suerte del principal*, el propietario de la cosa principal extendía sus derechos a cualquier otra cosa que hubiera venido a agregársele, llegando a ser parte o elemento constitutivo de ella, hasta el punto de perder su propia individualidad.

Por imperio de la ley, el propietario de la cosa principal (***res principaliter***), se convierte en propietario de la accesoria. A fin de establecer cuál de ambas cosas debe considerarse principal, existieron dos teorías: la ***escuela de los sabinianos*** sostuvo que era principal la cosa de *mayor valor o mayor volumen*, en tanto que ***los proculeyanos*** sostenían que era la que proporcionaba *la esencia* del todo así formado.

El Derecho Romano distinguió tres clases de accesión:

a. Unión de una Cosa Mueble a otra Cosa Mueble:

1. ***La Ferruminatio***, que se configuraba por la *unión o soldadura inmediata de dos objetos del mismo metal*, por la que el propietario de la cosa principal adquiría definitivamente la accesoria.
2. ***La Textura***, que era el *tejido o bordado que se realizaba en una tela o vestido con hilos ajenos* y cuya propiedad se atribuía al dueño de la tela.
3. ***La Tinctura***, que se daba con la *coloración de telas o paños* y que pertenecía al propietario del paño.
4. ***La Scriptura***, que importaba la *accesión de la tinta al papel o pergamino ajeno* y cuya propiedad se confería al dueño del papel o pergamino.
5. ***La Pintura***, que era la *pintura realizada sobre lienzo o madera* y que, controvertida la solución en el derecho clásico, JUSTINIANO resolvió que, siendo la obra del artista superior al material, la tabla o lienzo debía ceder a la pintura.

b. Unión de Cosa Mueble a cosa Inmueble

1. ***Satio,*** siembra y ***plantatio*** o plantación que se efectuaban en fundo ajeno, los retoños pertenecían al propietario de la tierra[360].
2. ***Inaedificatio,*** *edificación realizada en terreno ajeno, con materiales propios*, el edificio es de propiedad del dueño del suelo o fundo. La jurisprudencia clásica permitió que el dueño de los materiales, por medio del ***ius tollendi***, obtuviera la recuperación de ellos, siempre que la separación no provocara daño o menoscabo del edificio. (Véase arts. 941 y 945 del CC. Peruano).

c) Unión de Cosa Inmueble a otra Cosa Inmueble

1. ***Alluvio o aluvión,*** *que se daba con la tierra que va sedimentando un río en los predios ribereños*, y la que en éstos va quedando al descubierto al modificarse paulatinamente la línea de la orilla y que era adquirida por el propietario del fundo (Véase art. 939 CC.).
2. ***Avulsio o avulsión,*** se producía, *cuando por el ímpetu de las aguas, era arrancada una porción de terreno de un fundo*, agregándose a otro al que accedía de forma permanente, formando un todo continuo (Ver art. 940 CC.).
3. ***Elveus derelictus,*** *-Cause de río abandonado-, al cambiar de cause el río, los ribereños se hacen propietarios de él. A efectos de la adjudicación*, se divide el antiguo curso en forma *longitudinal*, bajándose los límites de las propiedades ribereñas en forma *perpendicular* a la línea divisoria del cauce.
4. ***La insula in flumine nata*** *–isla nacida en un río-*, que era la isla que emergía en un río público y que se dividía entre los propietarios de los fundos de las riberas, o de una sola según la posesión.

c. ESPECIFICACIÓN

Otro modo originario o de adquirir la propiedad era la *especificación*, que consistía en la *transformación de una materia prima en una especie nueva* (***species nova***), que adquiría su propia individualidad, por ejm: Las uvas que se transforman en vino, un pedazo de mármol que por obra del escultor se transforma en estatua.

---

[360] La base de la que partió el Derecho Romano en esta materia, es que las plantas se nutren exclusivamente por sus raíces, y por consiguiente el árbol es del dueño del suelo donde haya arraigado. Con respecto a las semillas es igual que los árboles, ceden al suelo.

El problema que planteaba la especificación consistía en determinar a quien correspondía la nueva especie cuando había sido elaborada con materiales ajenos. Según los ***sabinianos***, *la cosa nueva pertenecía al dueño de la materia de que provenía*, mientras que los ***proculeyanos***, *atribuyendo mayor importancia al trabajo del especificador, reconocían a éste la propiedad de la* ***nova species***. Una posición intermedia fue adoptada por JUSTINIANO al disponer que si la cosa podía ser reducida a su estado primitivo pertenecía al propietario, en tanto que era propiedad del artífice si no se daba tal supuesto y siempre que no hubiera habido mala fe. En ambas situaciones deja a salvo la indemnización correspondiente. (Ver art. 937 del CC.).

d. CONFUSIÓN O CONMIXTIÓN

Confusión, *mezcla de dos cosas líquidas o en fusión*, donde no puede hablarse de cosa principal o accesoria ni de especie nueva resultante de la mezcla.

Conmixtio o Conmixtión, *mezcla de cosas sólidas*, ocurre igual que en la confusión (Ver art. 937 del Código Civil Peruano).

En tales casos, cualquiera que fuera la naturaleza de la mezcla, *el derecho romano no reconocía cambio de propietario*, sino la existencia de un *condominio* que se podía hacer cesar por medio de la ***actio communi dividundo*** o por una ***reivindicatio pro parte***. De esta manera, *la confusión y la conmixtión* sólo provocaba una transformación de la propiedad separada o autónoma en *copropiedad* o *en propiedad pro parte indivisa*, menos en caso de *mezcla* o *conmixtión de monedas*, la cual importaba la adquisición del *dominio*, ya que no había posibilidad de identificar las recibidas. En tal supuesto ellas eran atribuidas *al poseedor*, quien sin embargo era llamado a responder con la ***actio furti*** si las monedas que le hubieran sido entregadas provenían de robo.

e. LA USUCAPIO O USUCAPIÓN

Usucapio proviene del vocablo latino ***usus***, que significa *usar una cosa* y de la voz ***capere*** que equivale a *tomar o apoderarse de algo*.

El jurista romano MODESTINO define la usucapión como "*la adquisición de la propiedad por la posesión continuada durante el tiempo señalado por la ley*" (D. 41, 3, 3). Al ser la ***usucapio***, un *modo de adquirir del derecho civil*, sólo era aplicable a los ciudadanos romanos y en relación con aquellas cosas sobre las cuales se podía tener la *propiedad quiritaria*. El no ciudadano romano no puede usucapir. Con ello se quiso evitar que le patrimonio romano fuera a parar a manos extranjeras.

Para la usucapión deben reunir cinco requisitos: ***res habilis, titulus, fides, possessio*** y ***tempus***.

1. ***Res habilis***. Este requisito tiene que ver con la cosa que se va a usucapir, que debería estar ***in commercium***, puesto que las cosas que estaban fuera del comercio no podían ser apropiadas por los particulares. **No son susceptibles de usucapión**: a) las ***res extra commercium***; b) las ***res furtivae y vi possessae***, según la ***Lex Atinia***, las cosas hurtadas (***res furtivae***) y las robadas fueron equiparadas a éstas por las ***Leges Iulia et Plautia*** y las sustraídas por violencia (***vi possessae***); c) las cosas donadas al magistrado en la provincia de su cargo; d) las ***res mancipi*** enajenadas por la mujer sometida a tutela legítima sin la ***auctoritas tutoris***; e) el fundo dotal; f) las cosas del Estado, del príncipe y de las iglesias y obras pías; g) las cosas de los menores; h) las cosas del ausente; f) las cosas enajenadas por el poseedor de mala fe; f) todas las cosas respecto de las cuales está prohibida la enajenación (D. 50, 16, 28 pr.)[361].
2. ***Titulus***. El título es aquel que justifica la posesión; en otras palabras esto quiere decir que la posesión debe estar fundada en una *justa causa de adquisición*. Por *justa causa* o *justo título* se entiende todo acto jurídico válido en derecho que hubiera sido por sí mismo idóneo para hacer adquirir inmediatamente la propiedad, pero que por un defecto de forma, como la *falta de* ***mancipatio*** o la ***in iure cessio*** para transmitir una ***res mancipi*** o *de fondo*, como *la adquisición* ***a non domino***, que resulta cuando el transmitente no es propietario de la cosa que transmite, tan sólo legitima el comienzo de la posesión.

   Los títulos o ***iustae causae*** suelen ser indicados en las fuentes con la proposición *pro* y el nombre de la relación de que se trate. *Presentamos las* ***principales iustae causae***[362], referidas a la adquisición ***a nom domino***:

   1) ***Pro soluto***, cuando se ha dado en pago, a fin de cumplir una obligación precedente, una cosa -la cosa prometida, o la cosa ***data in solutum***- que no pertenece al ***solvens***.
   2) ***Pro emptore***, cuando el vendedor ha entregado una cosa ajena. Dado que la compraventa es un contrato obligatorio, la causa ***pro emptore*** debía identificarse con la causa ***pro soluto***, importa poco, en consecuencia, la validez o invalidez de tal contrato. Sin embargo, la causa ***pro emptore*** se refiere a la relación obligatoria precedente, en términos de ser necesaria para la *usucapión* una compraventa válida.
   3) ***Pro donato***, cuando se ha donado una cosa por quien no es dueño, sin que haya mediado una precedente obligación -donación real.

[361] IGLESIAS, Juan; op. sit. pg. 265.
[362] IGLESIAS, Juan; op. cit. pag. 265 y 266.

4) ***Pro dote***, cuando se ha entregado en dote –constitución real de dote- una cosa perteneciente a otro.

5) ***Pro legato***, cuando se ha entregado la cosa de la que el testador solo es ***possessor bonae fidei***, en ejecución de un legado de propiedad –***legatum per vindicationem***.

6) ***Pro derelicto***, cuando se ha ocupado una cosa abandonada –***res derelicta***- por quien no era propietario, si bien se comportaba como tal.

3. ***Fides***. Existe buena fe –***fides** o **bona fides***-, cuando el poseedor cree tener derecho a la posesión, la honesta convicción de que no se lesiona intereses jurídicos ajenos al entrar en la posesión de la cosa. Sólo el poseedor de buena fe puede convertirse *en propietario por usucapión*; en el Derecho Romano, el ladrón no podía usucapir. La buena fe bastaba que existiese en el momento de la posesión, aunque no se diera en todo el tiempo de la adquisición, principio que se traduce en el aforismo "*la mala fe sobreviniente no es obstáculo para la prescripción*" -***mala fides superveniens non nocet***-.

   Respectivamente a la buena fe, la carga de la prueba recae sobre el adversario. Si éste logra probar al poseedor que la adquisición de éste no fue de buena fe, el poseedor no podrá usucapir.

   En todo caso es preciso que la ***bona fides*** se dé en el momento de la ***traditio***. ***En el Derecho Canónico*** exige la buena fe hasta que se consume la usucapión –***mala fides superveniens nocet***-. La ignorancia culpable impide la usucapión a partir de Justiniano.

4. ***Possessio.- possessio*** en lugar de ***usus***, o también ***possessio civilis, possessio bonae fidei***, o con más exactitud, ***possessio ad usucapionem***, *es la señoría de hecho* –no la simple detentación- sobre la cosa. *La posesión debe ser continuada*: la interrupción –***usurpatio***- por momentánea que sea, *interrumpe la usucapión*, y se hace necesaria una nueva usucapión con todos los requisitos. *En el derecho justinianeo, la usucapión se interrumpe por la demanda judicial.*

   En el derecho imperial del período post-clásico tardío, el adquirente puede adicionar su posesión a la de su causante –***accessio temporis***-.

5. ***Tempus***. La Ley de las XII Tablas fijó el plazo necesario para la usucapión, que debía ser de un año para *muebles* y de dos años para *inmuebles.*

   Según el régimen justinianeo, para adquirir la propiedad por usucapión son necesarios tres años, si se trata de *muebles*, y diez entre presentes y veinte entre ausentes – es decir, entre residentes en la misma o en distinta provincia-, si se trata de *inmuebles*.

LA LONGI TEMPORIS PRAESCRIPTIO

Puesto que *la usucapión* sólo podían invocar los ciudadanos romanos y sobre las cosas sobre las cuales se podía tener la *propiedad quiritaria* -que en caso de inmuebles debieron estar ubicados en *suelo itálico*-, la legislación imperial creó *una institución análoga aplicable a los fundos provinciales.*

En un principio sólo se dio una defensa al poseedor de un terreno provincial para rechazar la acción del propietario, ***una excepción*** que se hacía valer como ***praescriptio*** y de ahí el nombre de esta institución -***praescriptio longi temporis***- o *prescripción de largo tiempo o extraordinaria.*

Quien posee una cosa con ***iustum initium possessionis***, esto es, ***ex iusta causa*** y con buena fe, puede, si su posesión ha durado cierto tiempo, defenderse contra la ***vindicatio*** intentada por el dueño de la cosa, y mantenerse en la posesión de ésta, oponiendo al ***vindicante la excepción de posesión de largo tiempo.*** Cuando el poseedor y propietario residen en el mismo municipio (en la época de Justiniano en la misma provincia) (***inter praesentes***), el plazo es de diez años, y entre ausentes (***inter absentes***) de veinte años. Con el cambio operado en el concepto de propiedad y sobre la base de esta excepción se desenvuelve en el derecho vulgar postclásico la *prescripción adquisitiva*[363].

Con el tiempo la praescriptio longi temporis se equiparó a la usucapión, tanto por sus efectos como porque se exigieron para ella los mismos requisitos, pero el término debía ser de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes. *El plazo era el mismo para bienes muebles e inmuebles.*

JUSTINIANO ***fusionó la usucapión y la praescriptio longi temporis.*** Fijó el plazo en tres años para *muebles*, un plazo de ***diez años inter praesentes*** y ***veinte inter absentes*** para *inmuebles*. Existiendo a la postre una sola institución.

PRAESCRIPTIO LONGISSIMI TEMPORIS

Un rescripto de CONSTANTINO introduce la ***praescriptio longissimi temporis*** o excepción que puede oponerse en cualquier acción reivindicatoria por parte de quien ha poseído la cosa durante cuarenta años, aunque sea sin título ni buena fe. Tal prescripción tiene fuerza adquisitiva, y no simplemente defensiva, en el derecho justinianeo. En efecto, JUSTINIANO dispone que el que ha poseído la cosa -incluso *furtiva*, pero no la sustraída violentamente- durante treinta años, o durante cuarenta, si pertenecía al fisco, a la iglesia, a una obra pía, al emperador o a la emperatriz, adquiere la propiedad sobre ella.

---

[363] KASER, Max; op. cit. pg. 118.

Para esta prescripción adquisitiva no se exige el título, sino únicamente la buena fe inicial. El tiempo comienza a correr desde la toma de posesión, que es el momento a partir del cual puede intentarse contra el poseedor la acción reivindicatoria, cuyo ejercicio caduca a los treinta o cuarenta años. En lo demás rigen los requisitos de la antigua ***longi temporis praescriptio***[364].

6.2. DERIVATIVOS

a. MANCIPATIO

Entre los más típicos negocios formales del derecho romano se cuenta la ***mancipatio*** que llegó a tener innumerables aplicaciones, además de constituir el ***medio solemne por excelencia de transmitir el dominium ex iuri quiritium*** conocida desde antes de la Ley de las XII Tablas.

Llámase ***mancipatio*** el negocio de enajenación de la ***res mancipi*** cumplida la forma solemne del ***gestum per aes et libram***, sus características tal como los describe GAYO son las siguientes: En presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos y púberes y del ***libripens***, que porta la balanza, el adquirente -***mancipio accipiens***- teniendo en la mano un trozo de cobre -***raudusculum***- hace la ritual y categórica afirmación que la cosa le pertenece de conformidad con el derecho quiritario -***nuncupatio***-[365], y que la compra mediante el cobre y la balanza de cobre; después golpea la balanza con el trozo de cobre ***aes rude***, el que entrega al enajenante -***mancipio dans***-, como precio, con lo que asentía a la afirmación del adquirente.

Estas formalidades encuentran su explicación en el derecho primitivo, y por eso, probablemente, los cinco testigos representaban las cinco clases del pueblo, el que estaba llamado a consagrar la adquisición. En cuanto al porta balanza, su presencia viene en que en el origen el metal que servía de precio en las ventas se apreciaba por su peso, pues era preciso pesar las piezas de cobre rudas, que eran las únicas que estaban en uso. De manera que esta operación, indispensable en una venta verdadera, debía reproducirse en el estado de ficción en una venta imaginaria. Por último, este acto completo le venía su nombre del hecho del adquirente, quien cogía con la mano el objeto de la ***mancipación***[366].

---

[364] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 269.

[365] En el derecho antiguo se entiende por ***nuncupación*** las palabras solemnes que habían de ser pronunciadas por el enajenante o adquirente con ocasión de una ***mancipatio***, o por el acreedor en el contrato de ***nexum***, y a las que el derecho vincula la efectividad del acto.

[366] PETIT, Eugène; op. cit. pg. 263.

Según JUAN IGLESIAS, **la *mancipatio* se aplica**: a) a la transmisión o constitución de derechos reales; b) a la constitución de ***status*** familiares: adopción, emancipación, ***conventio in manum por coemptio***; c) a la venta del hijo en ***mancipium***; d) a la constitución de una dote, o al otorgamiento de una donación; e) a la enajenación de una cosa con fin de garantía -***fiducia***-; a la venta del deudor o de persona sometida a la potestad para asegurar el cumplimiento de una obligación -***nexum***-; g) a la liberación de un vínculo obligatorio -***nexi liberatio, solutio per aes et libram***-; h) a la disposición testamentaria -***mancipatio familiae, testamentum per aes et libram***. Si se exceptúan la venta de la mujer por ***coemptio*** y la venta del hijo en ***mancipium***, que responden a la verdadera intención de las partes, los demás casos se traducen en una venta fingida, ***numo uno***[367].

En los primeros tiempos, la ***mancipatio***, sería una compraventa real que se transforma en ficticia -***imaginaria venditio***-, con cuyo carácter subsiste hasta su desaparición. *La cosa debe estar presente y hasta es necesario que el comprador lo coja con la mano, si es mueble*; en época posterior es posible enajenar fincas distantes, sustituyéndose la ***possessio*** por un objeto simbólico como: una piedra, un terrón, etc. El trozo de cobre ***aes rude*** sirve de precio cuando no existe moneda acuñada -***pecunia numerata***-.

A fines de la República se acostumbra redactar un documento escrito firmado por las partes y los testigos, con la finalidad exclusiva de servir como medio de pruba. En cualquier caso, si se llega a demostrar que ha habido omisión de las palabras y ceremonias de ritual, el documento en cuestión carece de todo valor. A lo largo de la época clásica, la ***mancipatio*** conserva su importancia práctica, pero pronto comienza a caer en desuso.

En el derecho postclásico con la desaparición de la distinción entre ***res mancipi*** y ***res nec mancipi***, la ***mancipatio*** *perdió su importancia*, quedando reemplazada en la compilación justinianea por la ***traditio***, único modo idóneo de transmitir el dominio.

b. IN IURE CESSIO

Este modo de adquirir al igual que la ***mancipatio***, su origen se remonta hasta épocas anteriores a la Ley de las XII Tablas. *Consiste en un proceso aparente de reivindicación* en el que sólo toman parte ***cives romani*** y se aplica a la constitución y extinción de derechos de señorío sobre personas o cosas -***res mancipi*** y ***res nec mancipi***-. Las formalidades eran las siguientes:

---

[367] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 255.

El cedente y el adquirente comparecían ***in iure***, es decir, delante del tribunal del pretor en Roma, y del presidente en las provincias. La cosa debe estar presente. Siendo un inmueble era menester transportarle a estos lugares; pero es probable que en la época clásica no fuese exigida esta condición, contentándose con llevar un fragmento que representase al inmueble.

"GAYO en ***las Institutas***, refiere que si la cosa era tal que no podía sin inconvenientes ser llevada o conducida "***in iure***", como por ejemplo ocurría si se trataba de una columna o de una nave o de un rebaño de bestias, entonces se llevaba ante el pretor una parte de la misma y la "***vindicatio***" se hacía como si toda la cosa estuviese presente. Así se llevaba "***in iure***", si se trataba de un rebaño, una oveja o una cabra, o incluso se tomaba un pelo y se lo llevaba ante el pretor, mientras que si se trataba de una nave o de una columna se separaba alguna parte de ellas. Del mismo modo si la controversia era de un fundo o de un edificio o de una herencia, se tomaba alguna parte y se la llevaba "***in iure***", haciéndose la "***vindicatio***" como si toda la cosa estuviese presente; por ejemplo respecto de un fundo se llevaba un terrón de tierra (***gleba***)[368], respecto de un edificio, una teja" (Gayo, IV, 17).

El adquirente, poniendo entonces la mano sobre la cosa, afirma ser el propietario según el derecho civil, y el magistrado pregunta después al cedente si opone alguna pretensión contraria. Si éste consciente en la enajenación y no protesta de dicha afirmación, el pretor efectúa la ***addictio*** de la cosa a aquel que ha hecho la ***vindicatio*** y declara propietario al adquirente (Gayo, II, 24).

En resumen, según EUGÈNE PETIT, *la* ***in iure cessio*** *no es más que la imagen de un proceso de reivindicación bajo las acciones de la ley*; proceso ficticio, en que las partes están de acuerdo y donde todo se termina ***in iure*** por la adhesión del demandado, es decir, del cedente, a la pretensión del demandante. GAYO *lo llama una* ***legis actio*** (Gayo, II, 24, ***in fiene***), y las personas sometidas a "***potestas***", a la "***manus***" y al "***mancipium***", no podían usar este modo de adquisición, porque, no teniendo nada propio, tampoco podían, en justicia, afirmar la existencia de un derecho en beneficio suyo (Gayo, II, 96)[369].

La ***in iure cessio*** tiene por efecto transferir inmediatamente al adquirente la propiedad de la cosa. Como en la *mancipación*, el término y la condición no pueden suspender el efecto de esta traslación, porque el adquirente afirma que actualmente es el propietario. En cuanto a la posesión, sólo le pertenece luego que exista la tradición.

---

[368] **Gleba**, lat. *Gleba*. Terrón de tierra; ***siervos de la gleba***, los que dependían de la tierra que cultivaban y eran vendidos con ella.

[369] PETIT, Eugène; op. cit. pg. 264.

La ***in iure cessio*** se aplica a todos los negocios que versan sobre derechos reales o personales sancionados por la ***vindicatio***: a) transmisión del dominio que tiene por objeto ***res mancipi*** o ***nec mancipi***, importando poco que se trate de la propiedad íntegra, o de la ***nuda proprietas***, o de cuotas de condominio; b) constitución de usufructo y derechos análogos; c) constitución de servidumbres rústicas y urbanas; d) emancipación; e) adopción; f) transmisión de la tutela legítima sobre las mujeres; g) transmisión de los derechos inherentes a la ***legitima hereditas*** ; h) manumisión -***manumissio per vindicta***-. Algunos de los negocios indicados -***la manumissio vindicta, la in iure cessio tutelae, la in iure cessio hereditatis*** y la constitución de usufructo y de servidumbres urbanas no podían realizarse mediante ***mancipatio***[370].

La in iure cessio, que llegó a tener mayor aplicación que ***la mancipatio***, también desapareció como modo de transmitir el dominio, especialmente al reemplazarse el sistema procesal de las *acciones de la ley* por el *procedimiento formulario* y debido al auge que alcanzó *la tradición* como medio de transferencia de la propiedad.

e. LA TRADITIO

Traditio significa "*entrega*". La entrega de la cosa es el modo más antiguo y natural de enajenación de la ***res nec mancipi***.

La tradición es el más importante de los modos de adquirir de derecho de gentes. Si el propietario entrega una cosa con intención de transferir la propiedad a una persona que tenga intención de adquirirla es conforme al derecho natural que haya traslación de propiedad en beneficio del adquirente: esto es la ***tradición***. Aquí intervienen dos personas: ***el tradens***, que se deshace de la posesión, y ***el accipiens***, que al recibirla, se hace propietario[371].

El negocio transmisivo usual y ordinario en el derecho romano lo constituyó la ***traditio***, era un acto no formal de derecho natural o de gentes que en la época clásica sólo se utilizaba para la transmisión de la ***res nec mancipi***, pero con el derecho justinianeo se aplicó a toda clase de cosas. La ***traditio*** consistía, como ha quedado dicho, en la entrega de una cosa hecha por el propietario -***tradens***- a otra persona -***accipiens***- con la intención de que éste la adquiera ocupando su lugar. Este modo derivativo de adquirir la propiedad pronto se impuso en la legislación romana y *fue desplazando a la* ***mancipatio*** y a la ***in iure cessio***. (ver arts. 900, 901 y 947 del CC. Peruano).

---

[370] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 257 y 258.
[371] PETIT, Eugène; op. cit. pg. 247.

Para que produjera los efectos de traslación de la propiedad, la tradición debía reunir los requisitos siguientes:

a) Que el que efectúa la tradición -***tradens***- sea propietario de la cosa transmitida.

b) Que tanto el ***tradens*** como el ***accipiens*** sean capaces de hecho y de derecho.

c) Que la cosa objeto de la tradición pueda ser enajenada (que no sea ***divini iuris, res commune, publicae o universitatis o prohibida por ley***).

d) *Intención de enajenar* en el vendedor, y de adquirir en el comprador.

e) Que el ***tradens*** entregue al ***accipiens*** la posesión de la cosa (este es el requisito material de la tradición).

Tradens puede ser: el propietario de la cosa, el acreedor pignoraticio no pagado, cuando media pacto -***ex pactione***-; el **tutor** del impúber, el **curator** del loco y el **procurator**, **administrador** o representante estable del propietario; **el Fisco, el emperador** y **la emperatriz** respecto de cosas pertenecientes a otro, el mandatario asistido de poder especial; **el filius** o **el servus** a quien se le ha concedido la administración del peculio -**administratio peculii**.

Aunque sean propietarios no pueden enajenar: los infantes, los locos y los pródigos; los pupilos, sino cuentan con la -***auctoritas tutoris***-.

El adquirente -***accipiens***- debe tener el ***commercium***. Cabe adquirir por personas sometidas, o por medio de persona libre.

En cuanto a la cosa, ha de ser corporal, -***nec mancipi***- en el derecho clásico e -***in comercio***. Además no debe estar afectada a una cláusula prohibitoria de enajenación[372].

Se exigía también la preexistencia de una causa que justificara la tradición, llamada ***iusta causa traditionis***. Se entendía por tal, *el fin práctico-económico social* que, de modo inmediato, motiva la entrega de la cosa y sirve de fundamento, según determinación de la ley, para la adquisición de la propiedad.

Otro presupuesto de la tradición fue *el traslado o remisión de la posesión del* ***tradens*** al ***accipiens***, que debía hacerse de modo efectivo, esto es, ***de mano a mano*** si se trataba de *cosas muebles*, y mediante **la *entrada personal en el fundo o en la casa*** si la transferencia era de un *bien inmueble*. La materialidad de la exigencia fue desapareciendo paulatinamente y ya en el derecho clásico admitió algunas atenuaciones que vinieron a espiritualizar el requisito de la remisión de

[372] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 258 y 259.

la posesión de la cosa con lo cual *la voluntad de adquirir y transferir* llegó a tener mayor relevancia que el hecho material de la toma de posesión.

Casos de Traditio Ficta, en los que no existe una entrega material de la cosa, pero que pueden producir los mismos efectos que la tradición verdadera. Son los siguientes:

1. ***Traditio symbolica***, que consiste en la entrega de un símbolo o en la realización de un acto simbólico: a) entrega de las llaves de un almacén de mercancías, que sirve como entrega de las mercancías mismas -***traditio clavium***-; b) entrega del instrumento o escrito justificativo de la propiedad del enajenante -***traditio instrumentorum***-; c) señalamiento de la cosa con signos convencionales; d) encargo de custodia de la cosa a un guarda -***oppositio custodis***.
2. **La *traditio longa manu***, entrega de la cosa situada a distancia por indicación o señalamiento ***in conspectu***.
3. **La *traditio brevi manu***, por la cual el que se halla detentando la cosa, como arrendatario, depositario, comodatario, etc., se convierte, con el consentimiento de la otra parte, en poseedor jurídico (ver art. 902 del CC. Peruano).
4. **El *constitutum possessorium***, que tiene lugar en el caso contrario, es decir, cuando el que posee la cosa en nombre propio la enajena a otro, pero conservándola en su poder como usufructuario, arrendatario, etc.[373].

Difundido el uso de la redacción de documentos para consignar las transferencias, se admitió que la propia escritura del instrumento sustituyera a la entrega de la cosa, especialmente cuando se trataba de donaciones. *Para los bienes inmuebles*, desaparecidas las antiguas formalidades, se afirmó la necesidad del *acto escrito* y de su *inscripción en los archivos públicos* (***insinuatio apud acta***), como tutela de las partes y de los terceros.

d. ADIUDICATIO

Consiste la ***adiudicatio*** en el otorgamiento de la propiedad por pronunciamiento judicial -***iudex***- *en los juicios que tenían por objeto la división de la cosa común* y en los cuales el ***iudex*** atribuía a los copropietarios o condóminos la parte que le correspondiera (ver art. 983 del CC. Peruano). ***Así la adiudicatio hacía que la propiedad proindivisa se tornara en propiedad independiente o individual.***

[373] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 259 y 260.

Se llegaba a la ***aiudicatio*** mediante el ejercicio de las ***acciones mixtas*** dentro de las que se encuentran las acciones divisorias: la partición de la herencia (***actio familiae erciscundae***), la división de la comunidad (***actio communi dividundo***) y el deslinde de inmueble (***actio finium regundorum***)[374].

Las Institutas de JUSTINIANO refieren que ciertas acciones parecen tener una naturaleza mixta, tanto real, como personal. Tal es la ***acción familiae erciscundae,*** que compete a los coherederos para la división de la herencia; también la ***communi dividundo***, que se da a aquellos entre quienes algo es común, para que esto se divida.

ARANGIO RUIZ dice que estas acciones son eventuales y accesorias, que se promueven con la partición, que constituyen una clasificación aparte del grupo de las reales y personales, pero que los compiladores de Justiniano hicieron una tercera categoría intermedia llamándolas *mixtas*. Agrega que son reales, en cuanto se proponen la propiedad exclusiva sobre determinados bienes, y personales, en cuanto el reparto proporcional de los frutos y de los gastos.

Actio ***familia erciscundae***. (*Partición de la herencia*).-

El derecho a dividir los bienes de la herencia en diversas porciones de acuerdo con la cuota hereditaria de cada heredero, constituía el fundamento de la acción de partición de la herencia. ***Se distingue de la petición de herencia*** (***petitio hereditatis***) que es una *acción real* que la ejerce el heredero testamentario contra cualquier persona que posea los bienes de la herencia, bien en el carácter de heredero o de poseedor.

La acción divisoria de la herencia, de buena fe, fue establecida desde la Ley de la XII Tablas, a favor de los coherederos. Bajo el procedimiento de las ***legis actiones*** se ejercitaba por la ***legis actio per iudicis arbitrive postulationem***; durante el procedimiento ***per formulam***, su fórmula contenía una ***iudicatio*** y en el **derecho Justinianeo** tiene el carácter de ***acción mixta***.

La función del Juez en esta acción está expresada en **Las Instituciones** (4. 17. 4). Así: "Si se hubiera tratado de la acción de partición de herencia, debe adjudicar cada cosa a cada heredero, y si la adjudicación pareciera ser excesiva respecto de uno, debe condenarle a su vez a favor de su coheredero en una cantidad determinada según ya se ha dicho. Y por la misma razón debe también ser condenado cada uno a favor de su coheredero, porque él solo hubiere percibido los frutos de un fundo de la herencia, o hubiere deteriorado o consumido alguna cosa de la misma. Cuyas reglas son por cierto igualmente aplicables así entre muchos como entre dos coherederos".

[374] SCIALOJA, Vittorio, op. cit. pg. 444 y CUENCA, Humberto, op. cit. pag. 252.

El Digesto (10. 2. 2) ULPIANO; ***Comentarios al Edicto***, libro XIX, al respecto, expone: "Por la acción de partición de herencia se divide a una herencia, *ya sea deferida la herencia en virtud de testamento*, y ***ab intestato***, ya por la Ley de las XII Tablas, ya por alguna otra Ley, o por su Senado Consulto, o también por una Constitución. Y por regla general sólo puede dividirse la herencia de aquellos cuya herencia puede reclamarse".

El Juez puede dividir entre los herederos los atributos de la propiedad, *atribuyendo a uno la nuda propiedad y a otro el usufructo, adjudicar una parte del todo y en caso de ser muy difícil la partición, atribuirle la propiedad de toda la masa de bienes a uno solo de los herederos, imponiéndole a éste la obligación de devolver los demás, en dinero, lo que haya recibido por encima de su cuota.*

Cada heredero es propietario de la porción que el Juez le atribuye, a partir del día de la adjudicación, pues ésta no obra retroactivamente. La participación sólo procede en cuanto a los bienes corporales, pues en cuanto a los créditos y a las deudas, por imperio de la V **Ley de las XII Tablas**, se dividen de pleno derecho, proporcionalmente a la cuota hereditaria[375].

*A**ctio cummuni dividundo*** *(La División de la Comunidad).*

Refieren ***Las Instituciones*** que las reglas establecidas para la partición de la herencia se aplican también a las dos de la división de la cosa común "pero si se trata de una sola como un fundo si en realidad admite cómodamente este fundo división en porciones, debe adjudicar sus partes a cada cual, y si la porción de uno pareciera ser excesiva, debe éste ser condenado a su vez en cierta cantidad a favor del otro. Más si no pudiera dividirse cómodamente, o fuere acaso un esclavo o un mulo de lo que se haya tratado, debe entonces ser adjudicado a uno solo, y ser éste a su vez condenado acierta cantidad a favor del otro" (*Instit.* 4. 17. 5).

Las primeras referencias de la ***actio communi dividundo*** se remonta a la época de los Severos. La división de la cosa común procede sea cual fuere la causa de la indivisión, bien se trate de comuneros, socios, usufructuarios, usuarios, prendarios, hipotecarios, etc. La diferencia entre ésta y la partición de la herencia radica en que si el Juez de ésta olvida partir algún objeto, el interesado deberá intentar no la ***actio familiae erciscundae***, ya agotado para él, sino la ***actio communi dividendo***[376].

[375] CUENCA, Humberto, op. cit. pg. 255 y 256.

[376] CUENCA, Humberto; op. cit. pg. 258.

e. DE LA LEY

Bajo esta denominación el derecho civil incluyó todos aquellos casos en los que se adquiría la propiedad por el solo efecto de La ley.

Estos casos son tres: el ***legado vindicatorio***[377], por el cual el legatario se hace propietario en el momento en que el heredero acepta la herencia; las ***leyes caducarias*** *de Augusto*, que excluían de ciertas liberalidades a las personas solteras o sin hijos, para atribuírselas a otros herederos; finalmente, el que encontraba un *tesoro en un terreno ajeno*, debía entregar la mitad al dueño del terreno, quien se convertía en propietario de esta parte por disposición de la ley (ver art. 935 del CC. Peruano, sobre partición del tesoro).

f. LITIS AESTIMATIO

En el proceso clásico el juez no condena al demandado a dar el objeto por el que se litiga, sino a pagar, previa estimación de lo que importa, *su valor en dinero*. La condena -***condemnatio pecuniária***- sólo es pronunciada cuando el demandado no atiende a la invitación hecha por el ***iudex*** para que restituya -***neque e ares arbitratu restituetur***-. El demandado puede elegir, por tanto, entre restituir la cosa o pagar la condena. Si se inclina por lo último, la cosa queda de su propiedad.

7. PÉRDIDA DE LA PROPIEDAD

La propiedad podía extinguirse por voluntad del propio dueño o por causa de la cosa misma. Se perdía por voluntad de su titular si éste la abandonaba o si la transmitía a otro sujeto, bien por un *acto a título gratuito*, o bien por un *acto a título oneroso*. Se extinguía la propiedad ***por razón de la cosa misma si perecía o dejaba de estar en el comercio***; cuando otra persona la adquiría por *especificación, accesión, adjudicación o usucapio*; si el animal feroz recupera su libertad -***naturalis libertas***- o el domesticado perdía la costumbre de ir o volver -***animus revertendi***-, y cuando el enemigo reconquistaba el botín que se le hubiere tomado.

También podía cesar el derecho de propiedad por disposición de la ley cuando dejara ésta de reconocer y proteger dicho señorío a su titular, como ocurría en los casos en que un ciudadano experimentaba una ***capitis deminutio máxima***, y en los supuestos contemplados en la **Lex Iulia et Papia Poppea** en que las partes caducas eran adjudicadas, a manera de sanción a otras personas distintas de su titular.

---

[377] ***Legatum per vindicationem***.- Legado por el cual el testador transfería directamente al legatario la propiedad de la cosa legada o un derecho real sobre la cosa dejada al heredero.

La propiedad no se extinguía por muerte de su titular, sino que en este caso, se transmitía a sus **herederos testamentarios** o ***ab intestato*** y a falta de éstos al fisco.

8. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD

Medios judiciales y extrajudiciales defienden el derecho de propiedad. Frente a ataques de terceros que sin título alguno se arrogan la condición que la ley otorga al propietario, se concede una acción típica y fundamental: ***la reivindicatio***. A las perturbaciones que menoscaban el pleno ejercicio de las facultades que encierra el dominio, se oponen ***la actio negatoria, la operis novi nunciatio, la cautio damni infecti, el interdictum quod vi aut clam***. *A las que se agregan las acciones relativas a las relaciones de vecindad.*

8.1. LA REIVINDICATIO

La acción que ampara al propietario civil -***ex iure quiritium***- contra el tercero que posee ilícitamente y que tiende a que se reconozca su propiedad y, en consecuencia, que se le restituya la cosa o se le pague el precio de ella, ha sido denominada por las fuentes romanas ***reivindicatio***.

Para el derecho clásico ***la posesión****, tutelada por los* ***interdictos****,* es un estado de hecho, no un derecho. Aunque el propietario haga uso de los interdictos para defender su posesión, esto no afecta su derecho, sino *al hecho posesorio solamente*. La discusión sobre el derecho como propietario debía ventilarse en un procedimiento, no posesorio sino petitorio.

Desde el punto de vista histórico, el proceso de propiedad se desenvuelve al principio en la forma de las ***legis actio sacramento in rem***. En ella, ambos contendientes afirman el mismo derecho, es decir el de propiedad. Entre demandante y demandado no hay diferencia de *posesión*, puesto que la ***vindicatio*** del primero y la ***contravindicatio*** del segundo se pronuncian en idénticos términos: ***aio hanc rem meam esse ex iure quiritium***. *El proceso de propiedad es, por tanto, un proceso entre pretensores dominicales.*

En el procedimiento formulario, la reivindicación se tramitaba mediante una *fórmula petitoria* en la que se ordenaba al juez que condenara al pago del valor de la cosa al poseedor, si resultaba que el demandante era propietario ***ex iure quiritium***. Se tenía así un proceso, sin presencia de la cosa, entre un actor que sostenía ser propietario y un poseedor que defendía la cosa sin tener que probar nada, lo cual suponía una evidente ventaja. En este procedimiento se siguió exigiendo la garantía de siempre al poseedor en la forma de la ***cautio iudicatum solvi***. La condena se supeditaba a la no restitución de la cosa, entre la ***pronuntiatio*** y la sentencia, para coaccionar a la cual, la ***estimación*** se fijaba por juramento

del mismo demandante vencedor (***iusiurandum in litem***). Más ***el pago de la aestimatio*** convertía al poseedor condenado en propietario.

La restitución debía abarcar también todos los *accesorios* de la cosa y los *frutos*. En cuanto a los frutos había que distinguir entre el *poseedor de buena fe* que debía entregar tan sólo los frutos percibidos después de la ***litis contestatio***, y *el de mala fe*, que tenía que abonar todos los frutos percibidos de aquella cosa ajena e *indemnizar* además por todo deterioro. El *poseedor de buena fe*, por su parte, tenía derecho a una indemnización por los gastos que hubiera realizado en la cosa que restituía antes de la ***litis contestatio***, ya fuera gastos imprescindibles para la conservación de la cosa -***impensas necesarias***-, o gastos que hubieran aumentado el valor de la cosa -***impensas útiles***-. No le cabía indemnización por los gastos de mero lujo -***impensas voluptuarias***-, los que tendría que perder si no eran separables de la cosa. Para aquella indemnización, el poseedor de buena fe podría hacer valer su ***derecho de retención***, ejercitable también por medio de una excepción[378].

Con el procedimiento cognitorio, la ***reivindicatio*** favorecía a todo propietario y podía ser ejercitada, no sólo contra el poseedor, sino también contra quien había dejado de poseer por dolo -perseguidle en la época clásica por la ***actio ad exhibendum***- y contra el que, sin ser poseedor, se había ofrecido dolosamente a defender la cosa a fin que un tercero cómplice pudiera cumplir el tiempo necesario para adquirir la propiedad por ***usucapio***. De ese modo, la *acción reivindicatoria* se convirtió, contra esos ***ficti possessores***, en una acción que podía funcionar como delictual, y respecto de la cual servía como simple trámite preparatorio, tratándose de muebles, la antigua ***acción exhibitoria***.

8.2. ACTIO NEGATORIA

La ***actio negatoria*** o ***negativa*** se concede al propietario para oponerse a quien se arroga un derecho de servidumbre o de usufructo sobre su cosa, en términos de lograr la declaración de inexistencia de semejantes gravámenes.

En el proceso a que la acción negatoria daba lugar, el propietario ocupaba situación privilegiada en cuanto a la prueba, porque le bastaba con demostrar la existencia de su propiedad, dejando a cargo de su adversario el probar su pretendido derecho. El *objeto* que se perseguía con el ejercicio de esta acción era la *reposición de las cosas al estado jurídico anterior* (***restitutio***) *a la perturbación*, el que se manifestaba de manera diversa, ya por la destrucción de las instalaciones que dificultaran el ejercicio del derecho del propietario, ya por el resarcimiento

[378] Ver Código Civil Peruano, art. 916 sobre mejoras y art. 918 sobre retención de mejoras.

de los daños y perjuicios resultantes de la falta de disfrute de la cosa, si el demandado se resistía a la restitución, era condenado, como en la acción reivindicatoria, al pago del valor de la cosa, según estimación realizada por el demandante (***litis aestimatio***).

8.3. ACTIO PUBLICIANA

La ***acción publiciana***, introducida quizá por un pretor Q. PUBLICIO en el año 67 a.C., supuso una notable transformación en el régimen de tutela de la propiedad en el plano distinto del contemplado por el ***ius civile***[379].

Ante todo *el derecho pretorio* concede una ***exceptio rei venditae et traditae*** contra la acción reivindicatoria entablada por el propietario civil que ha transmitido por ***traditio*** una ***res mancipi*** en ejecución de un contrato de compraventa. Esta excepción procesal viene a garantizar una posición firme al adquirente de buena fe y con justa causa (***pro emptore***) frente al vendedor que conserva la condición jurídica de propietario civil por no haber sido transmitida la propiedad por ***la mancipatio*** o el acto equivalente de la ***in iure cessio***.

La protección del derecho pretorio se completa con la ***accio publiciana***, de carácter petitorio, que permite al adquirente la reivindicación de la cosa contra cualquier poseedor, en caso de que aquél hubiera perdido la posesión.

Para proporcionar esa tutela jurisdiccional, *la acción publiciana contiene una ficción* de que el adquirente por ***traditio*** causal ha completado ya el tiempo de usucapión, único requisito del que carece para disponer de la acción reivindicatoria como propietario civil; en definitiva, pues, se trata de una acción que es, en realidad, la acción reivindicatoria extendida en virtud de la ***fictio temporis*** a la situación jurídica que tiene el ***possessor ad usucapionem***, que viene a quedar protegido como si fuese propietario civil[380].

Es, pues, como se ha indicado, la acción publiciana, es una *acción ficticia* por la cual el pretor le indica al juez que haga de cuenta *que el plazo de la usucapio ha transcurrido*. Puede ser ejercida por: el *propietario bonitario que adquiere una res mancipi por tradición* y que no ha cumplido el plazo de usucapir, se ejerce contra cualquier tercero poseedor o contra el mismo propietario quiritario que se hubiese posesionado de la cosa; el adquirente ***ex iusta causa*** que por falta del título del enajenante no hubiese alcanzado la condición de ***dominus***; por el que ha sido beneficiado por el pretor con la concesión de la posesión sobre cosas singulares o

[379] A. FERNÁNDEZ BARREIRO, Javier Paricio; *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Tercera edición, Editorial, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1997, pg. 243.

[380] A. FERNÁNDEZ BARREIRO, Javier Paricio; op. cit. pg. 243 y 244.

patrimonios bonorum possessio, bonorum emptio, etc. y el propietario quiritario que la utiliza por ser la prueba a rendir menos exigente que la necesaria para la ***reivindicatio***.

8.4. OPERIS NOVI NUNCIATIO (DENUNCIA DE OBRA NUEVA)

Quien se crea perjudicado con una obra nueva ya comenzada, pero no concluida, puede pedir, por sí o por un representante, ***la nunciatio*** de ella, sobre el propio lugar -***in re praesenti***-; fue otorgada por el pretor. Tal acto tiende a impedir la prosecución de la obra, quedando a salvo la ulterior decisión judicial.

La obra sólo puede continuarse cuando el denunciado pide y logra del pretor la ***remissio nunciationis*** o bien cuando hace la promesa de devolver las cosas a su estado anterior, si resultare fundada la pretensión del denunciante. Cuando el denunciado no lograra ***la remissio***, ni presta la promesa o caución, y prosigue, sin embargo la obra, puede el denunciante solicitar del pretor el ***interdictum ex operae novi nunciatione***, que suele llamarse ***demolitorium*** y obliga a derruir lo edificado.

En el derecho justinianeo se preceptúa que si no se dirime la cuestión -***causa dirimere***- en el plazo de tres meses, cesa la eficacia de la ***nunciatio***. El ***nunciatus*** puede entonces proseguir la obra, presentando fiador -***fideiussor***- de que, si no edifica con derecho, destruirá a su costo todo lo construido después de la denuncia.

En otras palabras, podemos decir que *la denuncia de obra nueva* consiste en la *notificación extrajudicial* realizada por un propietario o titular de otro derecho real al propietario vecino a fin de que se abstenga de proseguir la obra comenzada en su propiedad por causar tal obra un perjuicio para el denunciante. Se persigue la suspensión temporal hasta tanto con posterioridad se dilucide si hay o no derecho a tal petición.

8.5. INTERDICTUM QUOD VI AUT CLAM

El ***interdictum quod vi aut clam*** fue igualmente un remedio pretorio de régimen muy similar a la ***operis novi nunciatio***, que tendía a obtener en el plazo de un año la remoción o suspensión de las construcciones que se hubieran realizado ilícitamente contra la prohibición del interesado (***vi***) o a ocultas de él (***clam***). Esta defensa podía ejercerla el propietario del fundo perjudicado por sí o por mandatario y se daba contra el autor de las obras y sus herederos, contra el poseedor actual del inmueble, aunque ignorara la realización de las construcciones o éstas se hubieran efectuado contra su voluntad. Es obligación del autor, si la posee, restituirla a su costa; del que hizo y no la posee, soportar los gastos de demolición y abonar los daños, y del que la posee y no la hizo, la ***patientia destruendi*** (D. 43, 24, 16, 2).

8.6. EXCEPTIO REI VENDITAE ET TRADITAE

La excepción de cosa vendida y entregada, la tiene el que adquirió una ***res mancipi*** de un propietario quiritario que se la trasmitió por simple ***traditio***, esto es, sin observar la debida forma de la ***mancipatio*** o ***in iure cessio***, que hubieran dado la propiedad civil sobre la cosa, el adquirente demandado podrá oponer la ***exceptio rei venditae et traditae***, si se trata de una compra, o bien, la ***exceptio doli***, si adquirió por alguna otra causa.

9. OTRAS ACCIONES QUE PROTEGEN EL DERECHO DE PROPIEDAD

Los dueños de predios vecinos pueden ver afectado su derecho de propiedad a causa de la vecindad en que se encuentran, por lo que el pretor concede para tales casos las siguientes acciones:

1. ***Interdictum de glande legenda*** (*interdicto de bellotas recogidas*). Este interdicto prohibitorio se concede a quien es impedido de recoger las bellotas de los árboles que cayeron en el fundo vecino, podrá pasar en días alternos ***tertio quoque die*** (cada tercer día), esto es, un día sí un día no. D. 43, 28, 1pr.; D. 43, 28, 1,1.
2. ***Interdictum de arboribus caedendis*** (*interdicto de árboles que deben ser talados*). También de carácter prohibitorio. Cuando un árbol se inclina sobre el edificio del vecino; o las ramas se extienden al predio contiguo, el perjudicado podrá exigir que el árbol sea arrancado, en el primer caso; o bien, que las ramas sean podadas, hasta una altura de quince pies, en el segundo caso. Si el dueño del árbol se niega, lo podrá hacer el afectado y la leña se hará suya. Este interdicto al igual que el anterior tiene precedentes en la **Ley de las XII Tablas**. D. 43, 27.
3. ***Actio aquae pluviae arcendae*** (*acción de contención de agua pluvial*). Acción para que el vecino no impida el curso normal de las aguas, bien sea porque desvió el torrente o porque hizo un dique de contención y se encharca el fundo vecino. El perjudicado puede pedir la demolición de la obra. D. 39. 3.
4. ***Actio finium regundorum*** (*acción de regulación de límites*). Esta acción tiene por objeto delimitar la extensión de los fundos rústicos, cuando es discutida por sus dueños. Si los límites se han perdido, el juez tiene facultad para establecerlos y atribuir la propiedad mediante ***adiudicatio***. D. 10, 1, 2 pr.
5. ***Cautio damni infecti*** (*acción de daño no hecho*). Garantía que debe prestar a su vecino el dueño de un edificio que amenaza derrumbarse, o por el posible daño que ocasione la obra que está realizando. Si el dueño del

edificio o el realizador de la obra no promete, mediante ***stipulatio***, pagar los daños que se pudieran ocasionar, el pretor otorga la ***missio in possessionem ex primo decreto*** (embargo), a favor del propietario que teme el daño; si aún así no prestaba la caución, el pretor decretaba la ***missio in possessionem ex secundo decreto***, lo que le daba la *propiedad bonitaria* y con ello *una posesión* que le permitiría *usucapir*. D. 39, 2, 7 pr.

10. LA COPROPIEDAD O CONDOMINIO

El Derecho Romano reconoce la titularidad de varios propietarios sobre una misma cosa en los casos de ***comnidad ercto non cito*** de carácter hereditario y en el del ***consorcio fraterno*** que, a semejanza del anterior, constituye el *precedente de la sociedad*. Esta comunidad jurídica (*similar a la propiedad de mano común germánica*) ofrece la nota esencial de que los comuneros no tienen en ella una participación independiente en el patrimonio o en la cosa objeto de la misma, pero esto no obstante, cada uno de ellos, con independencia de los demás, tiene el poder de disposición (enajenarla, manumitir un esclavo). Cada comunero puede en todo momento exigir la cesación de la comunidad, ejercitando al efecto la ***actio familiae erciscundae***. Esta forma de comunidad decae a comienzos de la República para desaparecer al iniciarse el período clásico.

Junto a la forma antes descrita, con el incremento de las sociedades de capitales en los inicios de la República, aparece una *propiedad por cuotas* (***communio pro indiviso* o *condominium***), en la que cada uno de los partícipes o condóminos puede, independientemente de los demás, disponer de su *cuota matemática* (mitad, tercio, etc.) enajenándola o gravándola. De la totalidad de la cosa (para gravarla, para manumitir un esclavo, como por ejemplo) sólo la totalidad de los socios pueden disponer (ver art. 969 del CC. Peruano sobre copropiedad).

Extinción del condominio.- Considerada la copropiedad por su naturaleza una *institución de carácter transitoria*, podía hacérsela cesar en cualquier momento, ya por voluntad de las partes, ya por decisión judicial, si no existía acuerdo. Cesaba voluntariamente el condominio cuando los comuneros así lo decidían, practicándose la división del bien común de conformidad con lo estipulado (véase art. 984 del CC. Peruano sobre la obligación de partición). La falta de consentimiento o la oposición a la división por alguno de los condóminos, autoriza la partición del estado comunitario por vía de acción, mediante el ejercicio de la ***actio familiae erciscundae***, si la comunidad existía entre coherederos, o de la ***actio communi dividendo*** si el condominio no provenía de una herencia.

La *actio communi dividendo* se ejercitaba para lograr la división de la cosa común mediante resolución judicial. Esta acción, que era *doble*, porque en el ***iudicium*** cada parte asumía el papel de actor y demandado a la vez, estaba dirigida

no sólo a resolver una cuestión de carácter real, como era atribuir la propiedad a cada copropietario, sino también a decidir sobre las relaciones crediticias u obligacionales que hubieran nacido entre los condueños (***praestationes***). De ahí su carácter de acción mixta.

En el juicio de división el ***iudex*** adjudicaba las respectivas porciones a los copropietarios que hasta entonces habían sido sólo titulares de una parte ideal. El libre arbitrio judicial permitía al juez establecer servidumbres, atribuir a uno solo de los condóminos la propiedad, indemnizando a los otros, dar la propiedad a uno y el usufructo a los demás, en fin, ordenar la venta del bien en subasta para dividir el precio entre los comuneros. También el juez tenía que pronunciarse sobre las ***praestaciones*** que debían satisfacerse los condóminos, como la rendición de cuentas por las ventajas y los frutos que la cosa hubiere producido, la indemnización por los daños causados por quien administraba el condominio, así como sobre la restitución de los gastos realizados y los perjuicios que el bien común hubiera irrigado al administrador.

III. DERECHOS REALES LIMITATIVOS

Después de haber estudiado la propiedad, que es el derecho real por excelencia que se ejerce sobre la cosa propia; analizaremos ahora los derechos que se ejercitan sobre cosas pertenecientes a personas distintas del titular, razón por la cual se denominan *derechos reales sobre la cosa ajena.*

Entre los ***iura in re aliena*** se encuentran las servidumbres creadas por el derecho civil o quiritario, que pueden ser: *servidumbres prediales -**servitutes** o **iura praediorum**-* y *servidumbres personales -**servitutes personarum**: usufructo, uso, habitatio, operae servorum; **superficie, enfiteusis, prenda e hipoteca**.*

1. LAS SERVIDUMBRES

a. NOCIÓN Y NATURALEZA DE LAS SERVIDUMBRES

El vocablo servidumbre, que proviene de ***servus*** y que tiene su equivalente en la voz latina ***servitus***, indica una relación de sumisión, una restricción a la libertad. Aplicado el término a los derechos reales, se entiende por servidumbre el derecho sobre la cosa ajena, constituido sobre un fundo y en beneficio de otro fundo o sobre cualquier cosa corporal y en ventaja de una persona[381].

En el antiguo ***ius civile*** no conocía más ***iura in re aliena*** que las ***servitutes***. *La enfiteusis, la superficie, el derecho de prenda, como derechos reales, fueron*

[381] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 223 y 224.

creados por el derecho pretorio por eso estos nuevos derechos reales recibieron nombres especiales.

La idea que preside a estas instituciones en el derecho romano es la del señorío que puede ejercitarse sobre hombres y cosas en condición servil, la institución central es el dominio "***ex iure quiritium***" como estructura político-económica de la sociedad primitiva. Los "***iura in re aliena***" se fueron constituyendo según las necesidades prácticas de la vida agraria original del pueblo romano. *Las servidumbres prediales fueron las únicas categorías conocidas en el antiguo derecho.*

Las servidumbres son gravámenes permitidos en la cosa de propiedad ajena. Sabemos que **el derecho de propiedad concede el *usus, fructus et abusus*, pero en ciertos casos *el usus o el fructus o ambos***, suelen no pertenecer al propietario, decimos entonces que la propiedad se halla gravada con una servidumbre.

Según la definición de MODESTINO, tomada del ***Digesto***, que nos da una idea inequívoca de servidumbre dice: "***servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis...set ut aliquid patiatur aut non faciat***" = *No es de la naturaleza de las servidumbres que alguien haga alguna cosa...sino que tolere alguna cosa o no lo haga.*

b. CARACTERES

Importando una restricción al derecho de propiedad, necesariamente se traducen en dos obligaciones del titular de ésta.

a. No hacer ciertos actos en su propiedad.

b. Dejar hacer ciertos actos en su propiedad.

Por otra parte, podemos decir que, consistiendo en una relación de persona a cosa determinada, o entre dos cosas igualmente determinadas, es inalienable, pues cualquier mutación en el vínculo constitutivo, comporta su destrucción.

2. TIPOS DE SERVIDUMBRES

Existen servidumbres prediales y servidumbres personales; las primeras son derechos constituidos sobre un inmueble, en beneficio de otro inmueble y las personales son derechos reales constituidos sobre una cosa en beneficio de una persona determinada.

Entre las servidumbres prediales y personales se establecen las siguientes diferencias: ***la servidumbre personal*** es establecida en beneficio de una persona, es *temporal* ya que en principio se extingue con la muerte del titular y puede tener como objeto un bien *mueble* o *inmueble*; en cambio ***la servidumbre predial*** es establecida para utilidad de un fundo vecino, es *perpetua* y sólo tiene como objeto bienes *inmuebles*.

Vistas las diferencias veamos los principios comunes a ambas servidumbres:

1. ***"Nulli res sua servit".*** *No hay servidumbre de la cosa propia,* cuando coincide la servidumbre de un titular, por cualquier causa, desaparece la servidumbre.
2. ***"Servitus in faciendo consistere nequit".*** *La servidumbre no puede consistir en un hacer,* lo que la servidumbre impone al propietario es un padecer o soportar el ejercicio, o un ***non facere.***
3. ***"Servitus servitutis ese non potest".*** *No puede haber servidumbre de una servidumbre,* es imposible establecer un usufructo sobre una servidumbre predial.

2.1. SERVIDUMBRES PREDIALES: RÚSTICAS Y URBANAS

La servidumbre predial es un derecho establecido sobre un inmueble en provecho de otro inmueble. Supone, por consiguiente *dos fundos vecinos,* pertenecientes a propietarios diferentes; un *fundo dominante* (***praedium dominans***) que tiene la ventaja sobre el cual está establecida; el otro, el *fundo sirviente* (***praedium servum***) que es el que está gravado en beneficio del otro.

Al ser derechos reales sobre una cosa ajena consistente en una sujeción jurídica permanente de un fundo en provecho de otro, son por tanto transmisibles en su aspecto activo y pasivo a los sucesivos propietarios de los fundos dominante y sirviente. Los caracteres de las servidumbres prediales:

1. ***La utilidad.***- Ya que si no prestara una utilidad al fundo dominante, serían sólo restricciones al fundo sirviente, lo que conformaría una arbitrariedad contraria al interés público. La mudanza de los titulares por sucesión universal o particular no afecta la existencia de la servidumbre.
2. ***La inalienabilidad.***- En el sentido de que por ser inherente al fundo no pueden enajenarse separadamente.
3. ***La indivisibilidad.***- No pueden nacer ni extinguirse por partes, ante cualquier división del fundo dominante o sirviente, cada parte del dominante tendrá derecho a la servidumbre completa y cada parte del fundo sirviente deberá soportar por completo.
4. ***La perpetuidad.***- Los fundos deben presentar condiciones de utilidad permanente, toda situación artificial o transitoria escapa al ámbito de las servidumbres.
5. ***La posibilidad.***- El ejercicio de la servidumbre debe ser posible, por ello la vecindad de los fundos es indispensable, ambos tienen que encontrarse materialmente próximos.

6. ***No hacer o tolerar.***- El propietario del fundo sirviente debe tolerar que otro haga -***pati***- o abstenerse de hacer algo -***non facere***-.

DIVISIÓN DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES

Las servidumbres prediales se dividen en **servidumbres rurales** y **urbanas**, que los textos designan bajo el nombre de ***servitutes praediorum rusticorum*** y ***servitutes praediorum urbanorum***[382].

Al grupo de las servidumbres rústicas pertenecen ante todo los antiguos derechos de *paso* y de *acueducto*. En virtud de estos derechos el predio dominante puede pasar a través del predio sirviente y utilizar la fuente que éste tiene. A éstos se añaden más tarde otros tipos de derechos. Las servidumbres rústicas son (incorporales) ***res mancipi*** (*Gayo, 2, 17*).

Las Principales Servidumbres Rústicas eran:

a. ***Las Servidumbres de Pasaje***. Está calificada diversamente según su extensión: ***iter*** que consiste en el derecho de pasar por predio ajeno a pie, a caballo o en litera; el ***actus***, *comprende* ***el iter*** dando, además, derecho para pasar las bestias y los carros; ***via*** confiere el derecho de pasaje el más completo, comprende el ***iter*** y el ***actus***. Permite conducir ganado, carros, transporte de materiales.

b. ***La Servidumbre de Acueducto -aquaeductus***- Es el derecho de conducir agua a través del fundo sirviente, con ayuda de regueras o tubos, para llevar al fundo dominante.

c. ***Las Servidumbres Rústicas más recientes*** **son:** ***aquae haustus***, el derecho de sacar agua; ***servitus pecoris ad aquam appellendi***, el derecho de abrevar; ***ius pascendi***, el derecho de pastos; ***calcis coquendae***, tomar cal y cocerla; ***arenae fodiendae***, extraer arena, etc.

Las Servidumbres Urbanas, son de origen más tardío, se consideran ***res nec mancipi*** (Gayo 2, 14 a.).

Estas servidumbres corresponden a las exigencias edilicias, o sea sobre fundos edificados; las principales son:

a. ***Oneris Ferendi.*** El derecho a apoyar el edificio propio en el del vecino.

b. ***Tigni Immittendi.*** El derecho a introducir las vigas del propio edificio en el del vecino.

---

[382] Se entendía por ***praedium urbanum*** todo edificio situado en la ciudad o en el campo, y por ***praedium rusticum*** todo terreno no construido.

c. ***Altius non Tollendi, ne Luminibus Officiatur.*** Prohibición de levantar construcciones en el fundo sirviente, para no molestar la vista, ni quitar la luz al fundo dominante.

d. ***Stillicidii vel Fluminis Recipiendi.*** O *servidumbre de cloaca*, obliga al fundo sirviente a recibir el agua pluvial del dominante, gota a gota o recogida por algún conducto.

e. ***Servitus Luminum.*** La que autoriza abrir ventanas sobre el terreno del vecino para tener luces.

2.2. SERVIDUMBRES PERSONALES

Las servidumbres personales, son derechos reales establecidos en provecho de una persona, sobre un bien perteneciente a otra persona. El derecho justinianeo comprende los siguientes ***iura in re aliena***: **usufructo**, **uso**, ***habitatio***, y ***operae servorum***. Las servidumbres personales del sujeto al que benefician, acaban sino tienen duración más corta cuando éste muere o sufre la ***capitis deminutio***.

2.2.1. EL USUFRUCTO

El usufructo es el derecho que tiene una persona no propietaria de usar, percibir los frutos naturales, industriales o civiles, y gozar de los objetos sobre los cuales se establece el usufructo, cuidando de no alterar la sustancia. *Es una institución del **ius civile**.*

El ususfructo *aparece más tarde que las servidumbres*. Posiblemente hacia finales del siglo VI de Roma, cuando entra en quiebra la vieja concepción familiar y se difunde el *matrimonio libre* *–**sine manu**-*. Su nacimiento responde a la necesidad de dejar a la viuda lo necesario para seguir viviendo en la forma que lo hiciera antes de morir el marido, y sin que, por otra parte, se la nombre heredera en perjuicio de los hijos. Tiene, pues, *carácter alimenticio*, entendiéndose en un amplio sentido.

El usufructo abarca dos de los elementos de la propiedad, el ***usus*** o ***uti*** derecho de usar la cosa gravada, y el ***fructus*** o ***frui*** o facultad de percibir los frutos que ella produjera. En consecuencia, *el propietario del bien* (***dominus proprietatis***) sólo conserva el ***ius abutendi***, que no podía ser ejercido en perjuicio de los derechos del usufructuario (***ususfructuarius***). En el caso, el propietario de la cosa sólo era titular de una ***nuda proprietas***[383], que podía ser por el mismo enajenada, sin que tal acto de disposición alterase el derecho del usufructuario.

---

[383] ***Nuda propiedad***.- Porque el usufructo absorbe el mayor contenido económico de la propiedad. El usufructo limita la ***plena potestas***. *Usufructo es propiedad de los frutos.*

El usufructo podía constituirse indiferentemente sobre cosas muebles e inmuebles, animadas e inanimadas, con excepción de las cosas consumibles.

El principio de que el usufructuario *no podía alterar la esencia* y el destino de la cosa, se amplía en el **derecho justinianeo** al concedérsele la facultad de *mejorar la sustancia,* como podía ser realizar innovaciones en la cosa que aumentaran sus rentas.

El rasgo típico de la servidumbre personal de usufructo, *su temporalidad,* ya que cuando no hay plazo establecido, cesa con la vida del usufructuario, llegando a cien años en el caso del usufructo constituido a favor de personas jurídicas.

Sujeto del derecho de usufructo puede ser tanto una persona física, cuanto una persona jurídica. Tal sujeto llamase ***fructuarius*** o ***usufructuarius***, mientras el nombre de ***dominus proprietatis*** o ***proprietarius*** *se reserva al dueño de la cosa.* El usufructuario tiene el ***uti fruti.***

Al constituirse el usufructo, el titular debe prestar la ***cautio usufructuaria.*** Por tal caución se obliga a usar y disfrutar de la cosa con diligencia –***boni viri arbitratu***-, y a su devolución cuando termine el usufructo. No responde, sin embargo, del deterioro natural, del desgaste que implica el uso, ni del perecimiento de la cosa cuya utilización normal expone a riesgos o peligros.

Constitución del Usufructo

En cuanto a la constitución del usufructo, el medio más generalizado fue el ***legado.***

Más tarde fueron aplicables las formas de constitución de las *servidumbres prediales,* esto es, en el derecho clásico ***la in iure cessio, la adiudicatio*** y ***la deductio*** (adjudicación, deducción o descuento). *Para los predios en suelo provincial* se recurría a ***pactiones et stipulationes.*** **En el derecho justinianeo *los pactos y estipulaciones*** *sustituyeron a la* ***in iure cesio***, y a la ***deductio*** pudo lograrse en la ***traditio***, admitiéndose también cualquier acuerdo táctico (***patientia***). En algunos casos el usufructo se adquiría por mandato de ley, así por ejemplo el constituido a favor del pater familias sobre el peculio adventicio del filius.

Extinción del Usufructo

El derecho romano vio con agrado la extinción de las servidumbres personales puesto que son más perjudiciales que las útiles. Estando extinguido el usufructo del nudo-propietario recobra el pleno y entero goce del bien.

Son causas de extinción del usufructo:

1. ***La muerte del usufructuario.-*** *El usufructo es un derecho unido a la persona y esencialmente vitalicio, no pasa jamás a los herederos del usufruc-*

tuario; cuando pertenece a una persona moral, **ejem.**, *a un municipio o a una corporación* cuya existencia jurídica es susceptible de prolongarse indefinidamente, *el usufructo no puede durar más de cien años* considerado por los romanos el término más largo de la vida humana

2. ***La Capitis Deminutio del Usufructuario.***- La extinción de la persona civil que resulta, produce sobre el usufructuario *el mismo efecto que* la *muerte natural*. No la ***capitis deminutio minima*** en el derecho justinianeo.
3. ***El no uso.***- *El usufrcuto se extingue por el no uso*, es decir, cuando ni el usufructuario ni persona alguna en su nombre, realizan los actos de uso y de goce que llevan consigo este derecho real y que el defecto de ejercicio se hubiese prolongado en el derecho clásico, un año para los muebles y dos para los inmuebles (Paulo, s. III, 6, 30). JUSTINIANO sustituyó el término de diez a veinte años para el usufructo sobre un inmueble y tres para muebles.
4. ***La pérdida de la cosa en usufructo.***- No es necesario que la cosa esté completamente aniquilada para que el usufructo se extinga; es suficiente que esté transformada o modificada de manera que sus cualidades esenciales hayan desaparecido, y que ya no sea susceptible del mismo destino (***mutatio rei***).
5. ***La renuncia del usufructuario en beneficio del propietario.***- Si en principio el usufructuario no puede ceder su derecho a un tercero, puede hacerlo al ***nudo- propietario***, que de esta manera recobra la plenitud de su propiedad. Esta cesión, en la época clásica, debía hacerse por el ***in iure cessio***. Bajo JUSTINIANO, ***la in iure cessio ya no estaba en uso***, siendo lo más probable que la renuncia, con restitución de la cosa por el usufructuario, fuese desde entonces suficiente.
6. ***La consolidación.***- Es decir, la adquisición por el usufructuario de la propiedad de la cosa sometida al usufructo. El usufructuario hecho propietario no puede tener servidumbre sobre su propia cosa "***nulli res sua servit***".
7. ***La expiración del tiempo fijado.***- El usufructo es esencialmente temporal, por estar unido a una persona cuya existencia es limitada.

2.2.2. CUASI USUFRUCTO

Se ha dicho que usufructo no podía recaer sobre cosas consumibles. Sin embargo, a comienzos de la época imperial, contrariando la naturaleza del instituto, llegó a admitirse el usufructo de tales cosas, configurándose lo que se llamó **cuasi usufructo** (***quasi usufructus***).

El ***quasi usufructuario***, que generalmente obtenía el derecho de usufructo por legado adquiría la propiedad de las cosas, pero se comprometía, mediante caución (***cautio usufructuaria***), a restituir, al concluir la relación, una cantidad

igual y del mismo género de las cosas recibidas. El ***quasi usufructo*** se diferenciaba del usufructo en que no proporcionaba la simple detentación de la cosa, sino que *traía aparejada la adquisición de ésta en propiedad*[384].

Usufructo de Créditos.- La amplia manera de expresarse el senadoconsulto, que autorizó el usufructo sobre toda clase de cosas, indujo a la jurisprudencia a plantear el problema de si cabía uno sobre créditos (***ususfructus nominis***). NERVA negó la posibilidad, pero CASIO y PRÓCULO la aceptaron, y su opinión terminó por prevalecer. Según ella, el beneficiario debe rendir la caución establecida por el senadoconsulto, y puede cobrar el crédito cuando corresponda y dejar para sí y en forma definitiva los intereses devengados después de rendida aquélla; con la cual se obliga a restituir el capital y los intereses devengados antes de otorgarla, una vez extinguido el usufructo. Si el beneficiario es el propio deudor, entonces le quedan condonados los intereses desde aquel mismo momento[385].

Usufructo de Cuota.- El usufructo puede también recaer sobre una ***pars pro indiviso***, sea que lo constituya el dueño singular sobre una cuota que entonces desprende de su dominio único, sea que lo constituya un codueño sobre la ya existente que le pertenezca. *El usufructuario debe entonces compartir los frutos con el nudo propietario, pues sólo le corresponden aquellos en proporción a la cuota del bien en que recae su derecho.* Por otro lado, la ***vindicatio ususfructus*** y ***la actio negativa*** proceden con relación a esa cuota[386].

Como el caso normal de usufructo sobre cuota se produce mediante constitución del derecho por parte de un codueño, puede ocurrir que, vigente aquél, se produzca la partición de la cosa común, y entonces se presenta el problema concerniente al destino del usufructo. La solución que había dado TREBACIO era ésta: el derecho se radica en la porción física que fue adjudicada al nudo propietario; LABEÓN opinó que, en cambio, él se distribuye entre las secciones adjudicadas a cada uno de los antiguos comuneros, en proporción a la cuota sobre que recaía primitivamente[387].

2.2.3. USUS (USO)

Junto al usufructo existe, en la época clásica, el ***usus***. Según su significado originario, ***usus*** *es el derecho de usar una cosa sin percibir sus frutos*: ***uti potest, fruit non potest***. Por razones comprensibles, los jurisconsultos amplían la esfera del ***uti***. *El usuario de una casa* puede habitarla con su familia, y dar acogida en ella

[384] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 231.

[385] D. 7. 5. 3; 33. 2. 24; 33. 2. 43; 35. 2. 69.

[386] D. 7. 6. 5.

[387] D. 33. 2. 31.

a huéspedes, esclavos, libertos, operarios, etc.; *el usufructuario de un fundo* puede recoger los frutos agrícolas, hortícolas y forestales (recoger frutas, hortalizas, maderas) más indispensables para atender a las necesidades domésticas cotidianas. Otorgada esta facultad dentro de cortos límites, rige el criterio de consumo de los frutos en el propio lugar -***in villa***-. En el derecho justinianeo es dable alquilar las habitaciones sobrantes, y tomar los frutos del fundo que sean necesarios para el sustento del usuario y de su familia[388]

No puede legarse parte del uso, pues si ciertamente podemos percibir el fruto en parte, lo que no podemos hacer es usar en parte. Pero un mismo bien puede ser dado en usufructo a uno y en uso a otro; en tal caso, el ***frui*** pertenece íntegramente al titular del primero, pero éste y el del segundo concurren solidariamente en el **uti**[389].

El uso del agua es personal y por ello no puede transmitirse al heredero del usuario (D. 7. 8. 21).

El uso, que se consideraba derecho indivisible, se constituía y se extinguía por las mismas causas del usufructo, estando el usuario sometido al cumplimiento de obligaciones similares al del usufructuario, dado que el uso es un derecho derivado del ***usufructus***.

Por la ***cautio usuaria*** garantiza el titular la conservación de la cosa y su devolución al terminar el uso.

2.2.4. HABITATIO

La habitación *es una servidumbre personal en virtud de la cual se puede habitar una casa ajena, o arrendarla, respetando el destino de la misma.* Discutían los jurisconsultos romanos si la servidumbre de habitación debía considerarse como servidumbre de uso o de usufructo. JUSTINIANO le atribuyó un carácter especial reconociéndole algunas facultades inherentes al usufructo y negándole algunas otras. De aquí resultó un ***derecho real sui generis*** *más extenso que el uso, pero más limitado que el usufructo.* Y efectivamente el que tiene la servidumbre de habitación no puede cederla gratuitamente a un tercero, pero en cambio puede arrendarla y, *a diferencia de las servidumbres de uso no se extingue por el no uso ni* ***por la capitis deminutio***, toda vez que el **habitator** recobra el derecho cuantas veces se reanuda su ejercicio. En lo demás, se rige por las mismas reglas que la servidumbre de uso.

[388] D. 7. 8. 2.

[389] D. 7. 8. 19. Constitución de uso y usufructo.

2.2.5. OPERAE SERVORUM

La servitus operarum. -***Operae servorum***- *es el derecho de percibir todas las utilidades de las obras de los esclavos o de los animales ajenos.* Esta servidumbre guarda gran analogía con el usufructo; obliga también a prestar caución; pero difiere de aquél en que es indivisible y no se extingue por el no uso ni por la ***capitis deminutio***.

Este derecho estuvo encuadrado en diferentes instituciones, en la época clásica correspondía al usufructo (D. 33. 2. 24), con JULIANO al uso (D. 7. 7. 5) y con JUSTINIANO como derecho real autónomo, le da una singularidad especial al tratarla en forma separada en el Digesto (D. 7. 7), distinto del ***usus***, aunque análogo a él.

3. CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

En el orden a la constitución de las servidumbres, hay que distinguir entre *derecho clásico y derecho post clásico y justinianeo.*

A. Derecho Clásico.- La época clásica no conoce otros modos de constitución de las servidumbres que los sancionados por el **derecho civil.**

Las servidumbres en el Derecho Clásico se constituyen:

a) **Por *mancipatio* e *in iure cessio***, la primera se aplica a las cuatro antiguas servidumbres rústicas: ***iter, actus, via et aquaeductus***, que son ***res mancipi*** según GAYO, la segunda a toda clase de servidumbres.

b) **Por reserva de la servidumbre**[390]-***deductio servitutis***- al efectuarse la enjenacion de una cosa mediante la ***mancipatio o in iure cessio.***

c) **Por legado.**- El ***legatum per vindicationem*** atribuye la servidumbre al legatario desde el momento mismo en que la herencia es adida. Por este legado el testador transfería directamente al legatario la propiedad de la cosa legada o un derecho real sobre la cosa dejada al heredero. Al principio no podía constituirse más que con las palabras ***do*** y ***lego*** y el heredero podía reivindicar la cosa legada desde el momento del fallecimiento del testador, frente al heredero o tercero.

d) **Por *adiudicatio***, *en los juicios divisorios.*

e) **Por *usucapio***. Según nos dice PAULO, en el derecho antiguo era la posible la adquisición de las servidumbres. Tal posibilidad efectiva hasta

[390] ***Deductio Servitutis***.- deducción o reserva de la servidumbre, acto en cuya virtud el propietario de un fundo que enajena éste por ***mancipatio*** o ***in iure cessio***, se reserva en beneficio del otro fundo de su propiedad un derecho de servidumbre sobre el fundo transferido.

la ***Lex Scribonia,*** debió referirse a las cuatro primitivas servidumbres rústicas, englobadas en la categoría de la ***res mancipi.***

En los inmuebles provinciales, se constituyen las servidumbres por ***pactiones et stipulationes***, esto es, mediante acuerdos no formales o pactos, robustecidos por la promesa del constituyente de que ni él ni sus herederos impedirán el ejercicio de la servidumbre; GAYO 2,31; PAULO D. 45, 1, 2, 5 y ss. JUSTINIANO *acepta esta forma de constitución* **pationibus et stipulationibus** *para toda especie de inmuebles.*

B. **Derecho Justinianeo**.- La constitución de las servidumbres tiene lugar por modos no formales. Tales como:

a) ***La pactio atque stipulatio.***- Desaparecidas la ***mancipatio*** y la ***in iure cessio***, así como la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales, este es el modo general para la constitución de toda clase de servidumbres prediales y personales.

b) ***La adiudicatio, el legado y la deductio.*** Ésta se verifica al entregarse, sin formalidad alguna la cosa que se enajena.

c) ***La patientia***[391], esto es, una ***quasi traditio*** que se sustancia en tolerar el ejercicio de la servidumbre, con la intención -declarada- de atribuir la titularidad.

d) ***Por el diuturnus usus* o *la vetustas***, es decir, por el ejercicio de la servidumbre desde tiempo inmemorial. Sobrevive aquí un principio que ya regía en el derecho clásico, cuando menos en la ***servitus aquaeductus*** y en la ***servitus alitus non tollendi***, cuya constitución en tal forma se defendía por un ***actio utilis***.

e) ***Por Prescripción.*** El derecho justinianeo reconoce la prescripción adquisitiva de las servidumbres rústicas, según las normas vigentes en materia de inmuebles, posesión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

4. EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Las servidumbres se extinguen:

a) Por pasar el fundo sirviente a la condición de ***res extracommercium***;

b) **Por demolición** del edificio dominante, salvo que tan se haga para volver a levantarlo. También por la demolición del edificio sirviente.

[391] *Patientia* -Tolerancia, paciencia; actividad pasiva o tolerante del propietario ante quien sin titularidad pretende constituir sobre la cosa de su propiedad un derecho real de servidumbre predial o personal (D. 6, 2, 11, 1).- Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario: "Diccionario de Derecho Romano", Madrid, 1982.

c) **Por confusión** -***confusio***- que tiene lugar cuando la propiedad sobre el fundo dominante y sirviente viene a coincidir en una misma persona. Rige aquí el principio ***nulli res sua servit.***

d. **Por renuncia** del titular.

e) **Por resolución del derecho del concedente.** Impuesta por el heredero una servidumbre al fundo legado bajo condición, el cumplimiento de ésta determina la extinción de la servidumbre.

f) **Por prescripción extintiva (*non usus*). En la época clásica** las servidumbres rústicas se extinguían cuando no se las ejercía durante dos años. Tratándose de urbanas era necesario, además del ***non usus,*** una ***usucapio libertatis*** de parte del propietario del fundo sirviente. **En el derecho justinianeo**, el tiempo de la prescripción extintiva de las servidumbres prediales por el ***non usus*** se extendía a los diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

5. PROTECCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

La acción típica para la protección de las servidumbres es la ***vindicatio servitutis,*** llamada en el derecho postclásico y justinianeo ***actio confessoria,*** en antítesis a la ***actio negativa* o *negatoria.***

La actio confessoria *modelada a imagen de la* ***reivindicatio,*** compete al propietario del fundo dominante contra el propietario o poseedor del fundo sirviente que impide el ejercicio de la servidumbre. En la época justinianea puede dirigirse contra todo tercero.

La actio confessoria tiende al restablecimiento de la condición legítima de la servidumbre y al resarcimiento de los daños.

También las servidumbres prediales estaban protegidas mediante múltiples ***interdictos*** que el pretor concedió para regular la relación entre distintos predios. Entre los principales se cuentan:

a. **El *interdictum de itinere actuque reficiendo,*** otorgado al titular de una *servidumbre de paso* contra el propietario del fundo sirviente que le prohibiera reparar el terreno por donde debía transitar.

b. **El *interdictum de rivis reficiendis,*** concedido al titular de una *servidumbre de acueducto* perturbado en su derecho de limpiar las acequias que conducían el agua.

c. **El *interdictum de aqua quotidiana et aestiva,*** *conferido a quien estaba autorizado a sacar agua a diario y en verano del fundo ajeno,* en caso de que el propietario so lo prohibiera.

d. El ***interdictum de cloacis***, que se daba *contra quien ejerciera violencia sobre el titular de una cloaca* a fin de impedirla que la limpiara.

IV. DERECHOS REALES PRETORIANOS

Los derechos reales pretorianos a diferencia de los derechos reales civiles tienen su origen en la *protección que el pretor daba a ciertas relaciones.* Se pueden dividir en dos categorías, ***derechos reales de goce*** que son un señorío prevalente sobre el señorío del propietario y ***derechos reales de garantía*** formados por el ***pignus****. Los derechos reales pretorianos eran:* ***la propiedad bonitaria*** o "***in bonis habere***" ya estudiada, el "***ius in agro vectigali***", **el derecho de *emphyteusis*, el derecho de superficie** y la "***hypotheca***" o "***conventio pignoris***".

1. JUS IN AGRO VECTIGALI[392]

El origen de este derecho es muy antiguo. Los municipios tenían la costumbre de arrendar sus tierras a perpetuidad, mediante un ***censo o vectigal***, cuyas tierras por este motivo, se llamaban ***agri vectigales***. Por razón de la perpetuidad del arriendo, el pretor encontró natural dar al colono una protección más eficaz que la acción personal nacida del contrato. Le ofrece una ***acción in rem***, reconociendo de esta manera un verdadero derecho real en beneficio del colono.

En la época republicana estos contratos públicos quedan a cargo del *censor*, quien fija sus condiciones mediante una ***lex censoria***. Normalmente la concesión es por cinco años. En época imperial el asunto queda radicado en el emperador; y se desarrolla entonces la práctica de celebrarlas ***in perpetuum***, lo que a veces suele expresarse con recurso al plazo de 100 años[393].

El vectigalista no es dueño ni poseedor civil de su parcela, pero es poseedor pretorio en sentido restringido porque se beneficia con la protección del interdicto ***uti possidetis***. Su heredero le sucede en el derecho de vectigalista; que además se puede enajenar, pignorar y legar. El contenido de tal derecho alcanza al pleno uso de la tierra y de sus frutos, que son adquiridos por ***separatio***.

Es un derecho semejante al usufructo, diferenciándose en el pago del arrendamiento y en la transmisibilidad a los herederos.

Se consideró como un derecho real por estar sancionado por una "***actio in re vectigali***" qué permite perseguir la restitución del fundo en manos de quien esté, sin perjuicio de usar los interdictos posesorios.

---

[392] D. 6. 3.

[393] GUZMÁN BRITO, Alejandro; *Derecho Privado Romano, Tomo I*, op. cit. pg. 637.

Al ser por tiempo indefinido o a perpetuidad, el derecho se extingue solamente al no pagar el canon.

2. EMPHYTEUSIS[394]

La palabra enfiteusis deriva del griego "***emphyteusis***" y significa *nuevo cultivo, plantación o mejora.* A la manera del ***locatario agri vectigalis*** del derecho clásico; sobre los terrenos del Estado y las comunidades a él sometidas (***coloniae, mancipia***) se acostumbraron hacer en Roma *arrendamientos de muy largo plazo o a perpetuidad* a favor de particulares. La tierra así arrendada era retribuida mediante el *pago de un canon anual* llamado ***vectigal*** por lo que la tierra recibía el nombre de ***ager vectigalis***. En calidad de ***possessores***, y por tanto con derecho a defender su posesión con los ***interdictos unde vi*** y ***uti possidetis***, los arrendatarios de aquellos predios estatales eran de hecho propietarios, pues podían disfrutar plenamente del inmueble y disponer de él. La acción que el pretor concedió al vectigalista -***locatario agri vectigalis***- había sido una ***actio in rem***, análoga a la ***reivindicatio***[395].

El enfiteuta tenía un derecho real de pleno disfrute, transmisible y gravable, a cambio de pago de una merced anual, llamada ***pensio o canon***. En el poco tiempo la enfiteusis, del arriendo de predios imperiales se extendió a los fundos de los particulares y entró en el área de las instituciones de derecho privado con un ***ius in re aliena***, a pesar que el enfiteuta era prácticamente un propietario que *ni siquiera tenía la obligación de cultivar el suelo*, como ocurría en el antiguo ***ius in agro vectigali***.

Siendo siempre fuente de la enfiteusis un *contrato de arriendo* que, sin embargo, producía efectos similares a la venta, se discutió sobre la naturaleza jurídica de la institución, si debía considerarse arrendamiento o venta.

En el derecho justinianeo la enfiteusis queda configurada como un derecho real sobre una cosa ajena otorgado a perpetuidad a muy largo plazo, que puede ser gravado y enajenado por el titular. Es, en suma, una ***possessio*** *que equivale a propiedad.* En caso de que el enfiteuta tuviera propósito de enajenar el ***ius emphyteuticum***, estaba obligado a notificar al propietario para que hiciera uso de un *derecho de preferencia* (***ius praelationis***) que le permitía optar entre redimir el derecho que gravaba su inmueble pagando el mismo precio ofrecido o consentir la venta percibiendo un dos por ciento del precio pagado (***laudemium***). La falta de esta notificación, así como la falta de pago del canon o de los impuestos fiscales durante tres años, producía la caducidad de la enfiteusis[396].

---

[394] Inst. 3. 24. 3.

[395] D. 6. 3. 1.

[396] ARGÜELLO, Luis Rodolfo, op. cit. pg. 235.

El derecho postclásico unifica el ***ius in agro vectigali*** y la ***enfiteusis***; una ley del emperador **Zenón** del siglo V, considera la enfiteusis como un contrato de figura propia diverso del arrendamiento y de la compraventa.

3. DERECHO DE SUPERFICIE

La propiedad romana mantiene el principio básico de que todo lo construido sobre el suelo ajeno pertenecía al propietario de éste, pero con la costumbre de conceder derechos de construcción sobre suelo público por diferentes motivos, con la correspondiente protección interdictal del pretor, se estructuró en el derecho romano el *derecho sobre suelo ajeno* llamado ***superficie.***

El derecho de superficie nació al parecer de la práctica del Estado y de las ciudades de utilizar ciertos terrenos que formaban parte de sus amplios dominios, dándolos en arriendo a perpetuidad o largos plazos a los particulares, que tenían derecho a levantar allí edificios para su disfrute, mediante el pago de un canon o arriendo (***pensio o solarium***)[397].

Aduce DI PIETRO, que según **Tito Livio** (26. 27. 2), a propósito de un incendio ocurrido en el año 210 a.C., existían en el Foro determinados negocios (***tabernae***), entre ellas las de los banqueros (***argentarii***). Estos negocios debían estar vinculados con este tema de la concesión de la "superficie". También a construcciones de los ***argentarii*** *se refiere* **Ulpiano** (D. 18. 11. 32)[398].

Se define la superficie como el derecho de propiedad que corresponde a una persona sobre obras construidas en terreno ajeno. El pretor sancionó este derecho, primero por un *interdicto de superficie* análogo al ***uti possidetis*** y después con una acción real que puede ejercitarse contra el propietario del suelo o contra terceros, ***actio quasi in rem.***

La superficie viene a resultar un *derecho real de goce* sobre una edificación a favor de quien ha construido, pagando un *canon anual* y el edificio *superficie.* El derecho *se extingue* por vencimiento del término por el que se había concedido y por falta de pago del ***solarium*** durante dos años; por destrucción del fundo, no del edificio, ya que era susceptible que el titular se reserve el derecho de reconstruirlo; por su transformación en ***res extra commercium***; por consolidación, que podría producirse si el superficiario adquiría la propiedad del suelo o el propietario los derechos de éste.

---

[397] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 232.

[398] DI PIETRO, Alfredo; *Derecho Privado Romano*; op. cit. pg. 151.

V. DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Existiendo en Roma la idea de que el patrimonio del deudor constituye prenda común de los acreedores, la insolvencia de aquél podía tornar ilusorios los derechos de los acreedores. Para evitar esta situación se admitió que una deuda pudiera garantizarse ya por medio de un tercero que en carácter de fiador asumía el compromiso de cumplir la obligación en caso de que el deudor principal no pagara (*garantía personal*), ya que por la afectación de una cosa del deudor al cumplimiento de la deuda (*garantía real*). Designándose esta segunda forma de garantía con la expresión figurada de ***obligatio rei*** o ***res obligata***[399].

Fiducia, pignus e ***hypotheca***, son tres modalidades de garantías reales, a la par que distintas fases evolutivas de los derechos reales de garantía. Solamente las dos últimas instituciones llegaron a configurarse como tipos particulares de derechos reales, pues la ***fiducia***, negocio de vasta aplicación, permaneció en el ámbito de los derechos de obligacionales.

1. FIDUCIA

Los medios que originariamente parecieron más aptos para asegurar con garantía real una de relación puramente obligatoria, fueron la ***mancipatio*** y la ***in iure cessio*** de la cosa destinada a servir de garantía al acreedor, bien que contrayendo éste la obligación de la ***remancipatio***, para cuando a su debido tiempo le hubiese sido satisfecha su obligación. Esta convención (que por otra parte se usaba también para otros fines, como, por ejemplo, para asegurar mejor un depósito) se llamaba en este caso ***fiducia, fiduciam congtrahere***; y de aquí el nombre de *fiducia*, dado al contrato y al mismo objeto de la prenda. Al acreedor correspondía, pues, el derecho de vender el objeto si no se cumplía la obligación y ni siquiera tenía valor alguno el pacto contrario ***ut fiduciam sibi vendere non liceat***. El deudor tenía por su parte la ***actio fiduciae***, mediante la cual podía exigir mientras la cosa no estuviese vendida, la *remancipación* de ella ofreciendo el pago, y después de la venta, el remanente del precio que el acreedor hubiese obtenido. La ***actio fuduciae***, por lo demás, se extinguía antes de la venta en el caso de una ***lex commisoria***, esto es, cuando se hubiese convenido en que el acreedor no satisfecho dentro de cierto tiempo se quedase con la cosa mancipada en satisfacción de su crédito.

La fiducia daba una sólida garantía al acreedor transfiriéndole la propiedad quiritaria de la cosa destinada a garantizar su crédito, y asegurándole contra cualquier concurso de otros acreedores; mas era excesivamente gravosa para el deu-

---

[399] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 237.

dor. Quien perdía el disfrute de la cosa y tampoco quedaba bastante asegurado con la ***actio fuduciae*** (acción personal) contra la enajenación posible, por parte del acreedor, y finalmente, sólo era aplicable a las cosas capaces de ser cedidas ***in iure*** **o** ***mancipatio.***

2. PIGNUS O PRENDA

Mientras ***la fiducia*** daba al acreedor un poder jurídico sobre la cosa cedida en garantía del crédito, ***el pignus*** no le concedía más que *un poder de hecho* sobre ella. El acreedor a quien se pignorase una cosa del deudor, adquiría solamente ***la posesión*** de la misma y esta relación surgía, no ya de un acto solemne con la ***mancipatio*** o la ***in iure cessio***, **sino de un** ***simple contrato iuris gentium***, que se perfeccionaba mediante la *entrega de la cosa* y fundaba la ***actio pignoraticia***. El ***pignus*** no pudo, pues, aparecer sino después que se hubo desarrollado la protección posesoria, sobre la cual descansa la garantía del acreedor; y probablemente se introdujo en las relaciones voluntarias de los particulares a imitación de la prenda judicial o pretoria.

La prenda contraída de este modo era mucho más sencilla que la fiducia en cuanto al modo y a la forma de su constitución, pero lejos de remediar todos los inconvenientes antes dichos, aún provocaba otros nuevos, por lo cual en algunos casos resultaba mucho más defectuosa. Y en efecto, el acreedor quedaba asegurado contra la enajenación de las cosas muebles por parte del deudor, más no así contra la de los inmuebles, que podían también ser mancipados por él que no los tuviese en posesión, además, la cosa y su uso quedaba substraídos del deudor. Asimismo, aún cuando existiese la convención de ***pignore distrahendo***, entre el acreedor y el deudor, aquél no podía transferir al adquirente más que la posesión y la posibilidad de la ***usucapio***, inconveniente más tarde remediado con la introducción de la ***publiciana in rem actio***[400]. Finalmente, el ***pignus***, que se extendía a los peregrinos y a los fundos provinciales, no se aplicaba más que a las *cosas corporales*. Todos estos inconvenientes se remediaron cuando el derecho romano adoptó la institución extranjera de la ***hypotheca***.

---

[400] **La *actio publiciana*.-** Se otorga a quien ha perdido la posesión que estaba siendo usucapida para que pueda recuperar dicha posesión.
***Pactum de distrahendo pignore*.-** Pacto adjunto a la constitución del derecho real de prenda o hipoteca por el cual el deudor autoriza al acreedor para que pueda vender la cosa dada en garantía si al vencimiento del plazo para el cumplimiento de la obligación no es saldada, a fin de que se reintegre del crédito con su precio. Posteriormente el derecho que confería este pacto se consideró inherente al derecho de garantía.

3. HYPOTHECA

Junto a la prenda manual -***datio pignoris***- existió en el derecho romano otra forma de garantía que podía constituirse por la simple ***conventio***, es decir sin traslado o desplazamiento posesorio, configurándose el ***pignus conventum*** o ***conventio oignoris***, designado también con el término griego ***hypotheca***.

El antecedente romano de la ***hypotheca***, suele verse en la convención celebrada entre el arrendador y el arrendatario de una finca rústica sobre los instrumentos y objetos introducidos por el arrendatario en la finca para atender a su cultivo –***invecta et illata***- el ganado, los esclavos, los aperos de labranza, respondían como garantía del pago de la renta. Se otorgaba al arrendador un interdicto, el ***interdictum salvianum***, para pedir la posesión de los bienes en caso necesario; este interdicto sólo *podía dirigirse al arrendatario*; pero una **Actio Serviana** creada después permitió reclamar al arrendador de todo tercero los ***invecta et illata***.

Posteriormente la ***actio Serviana*** fue entendida como una ***actio quasi Serviana, hypothecaria o pignoraticia in rem*** a favor de todos los acreedores que hubiesen hecho con sus deudores un *convenio análogo* para garantizar un crédito cualquiera.

La hipoteca era un derecho real constituido sobre una cosa *mueble o inmueble* para garantizar el pago de una deuda.

El ***pignus*** se diferencia de la ***hypotheca***, en que en la prenda la posesión del bien pignorado era transmitida al acreedor pignoraticio en el acto mismo de celebrarse la convención, en tanto que en la hipoteca la cosa quedaba en poder del deudor, no pasaba la posesión a poder del acreedor hipotecario.

El derecho real de hipoteca alcanza el más alto nivel entre las garantías reales de que podía valerse el acreedor para asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Los sujetos de la relación obligacional encuentran en la hipoteca sus intereses perfectamente conciliados, porque el acreedor hipotecario no adquiere ni la propiedad ni la posesión de la cosa, pero sí un derecho que le permitirá oportunamente, cuando su crédito no sea satisfecho, entrar en posesión del bien, cualquiera que sea la persona que lo detente, para lograr con él la cancelación de la deuda, mientras que el deudor conservará la posesión sobre la cosa hasta que la deuda quede extinguida, pudiendo afectarla para garantizar a otros acreedores con nuevas hipotecas.

3.1. CARACTERES

Podemos señalar como caracteres de la hipoteca, los siguientes:

a) *Es un derecho real*, pues se ejerce de persona (acreedor hipotecario) a cosa (inmueble hipotecado).

b) Debe ser constituirlo sobre una cosa ajena.

c) *Es accesoria*, pues se contrae en seguridad de otra obligación principal.

d) *Es una garantía*, pues, asegura el pago de una deuda de cualquier naturaleza, civil o natural, pura o simple, a término o condicional y hasta futura.

e) *Es indivisible*, en el sentido de que el pago parcial de la deuda, no extingue parcialmente la hipoteca; por el contrario, ésta subsiste toda, hasta la total cancelación de la deuda.

f) *La transmisibilidad*, el acreedor hipotecario podía transmitirla tanto por actos *inter vivos*, como por disposición de última voluntad.

3.2. OBJETO Y CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA.

Objeto de la hipoteca podía ser todos los bienes que podían venderse -**toda** ***res in comercio***- sean *muebles o inmuebles* y la gran mayoría de los *bienes incorporales* como los derechos.

En los orígenes sólo pudo constituirse hipoteca sobre cosas corporales, muebles o inmuebles, pero se llegó a admitir que pudiera tener por objeto cosas incorporales, como el usufructo, las servidumbres y la superficie; incluso estuvo permitido prendar un crédito y el mismo derecho de hipoteca. También la hipoteca podía recaer sobre una universalidad de cosas como un rebaño y sobre la totalidad de un patrimonio (***hipoteca general***).

La Hipoteca podía Constituirse de tres Maneras:

Convencional, o por acuerdo expreso de las partes, que fue el medio más idóneo para constituir la hipoteca; el acto voluntario podía materializarse en un simple pacto sin formalidad alguna y sin la exigencia de la tradición.

Por Resolución Judicial; por disposición del magistrado, la hipoteca o prenda se constituía en el caso de que se fuese a pronunciar una sentencia. En el derecho justinianeo también la ***missio in possessionem*** fue considerada como hipoteca judicial, según los principios de la ejecución forzosa.

Por Disposición de la Ley, se desarrolló en el derecho postclásico, en cuanto se extendía a un patrimonio entero. *Antes de tal hipoteca legal o tácita, según las fuentes, se constituía sobre objetos concretos*, como la prenda del arrendador de una casa o predio urbano sobre los ***invecta et illata*** del inquilino; la del arrendador de un predio rústico sobre los frutos que éste produzca; la del pupilo sobre la cosa comprada con su dinero por el tutor o un tercero; la hipoteca que el Estado tiene sobre todos los bienes de los contribuyentes por pago de impuestos; la de la mujer sobre los bienes del marido en garantía por la restitución de la dote; la

hipoteca que gravaba una cosa a favor de quien había dado dinero para su conservación o mejora, etc.

3.3. EFECTOS DE LA HIPOTECA

El deudor conserva los más amplios poderes sobre la cosa afectada en garantía, en su carácter de propietario y a la vez de poseedor del bien hipotecado estaba autorizado para percibir los frutos naturales o civiles que la cosa produjera, reivindicarla contra terceros, gravarla con servidumbres y otras hipotecas y hasta enajenarla, a condición de no violar los derechos del acreedor. Satisfecha la obligación, el deudor podía interponer una ***actio pignoraticia in personam***, cuando estando la cosa en poder del acreedor, se negara éste a restituirla. No prosperaba la acción si el acreedor ejercitaba un *derecho de retención* (***ius retentionis***) hasta tanto se le cancelaran otros créditos no garantizados con hipoteca.

El acreedor no pagado en el término tiene a su favor los siguientes derechos y facultades:

El derecho de persecución –ius persequendi- que puede ejercitar contra cualquier detentador de la cosa hipotecada la ***actio hypothecaria o quasi Serviana*** para hacerse poner en posesión de ella *–**ius possidendi**-*;

Derecho de venta –ius distrahendi pignus- si se tiene la posesión de la cosa o la ha obtenido ejercitando la acción hipotecaria, ante el incumplimiento de la obligación hipotecaria el acreedor está facultado para vender la cosa, después de efectuadas tres notificaciones al deudor (***denuntiationes***), sin que éste se allane a pagar lo que debe.

Derecho de preferencia –ius preferendi-, o derecho a pagarse con el precio de la venta con preferencia a otros acreedores comunes, desprovistos de garantía hipotecaria.

Vendido el bien, ya directamente o con la intervención de la autoridad, si el precio alcanzaba para pagar el crédito, éste se extinguía; caso contrario subsistía en cuanto a la diferencia que quedaba sin cubrir. Si el precio superaba al crédito, el excedente *–**hyperocha** = **superfluum**-* debía ser entregado al deudor.

Cuando el acreedor hipotecario no encontraba comprador, podía solicitar al emperador que se le *adjudicara a su justo precio*, pero la cosa no pasaba a su propiedad sino después de transcurrido un bienio, lapso durante el cual el deudor tenía derecho a rescatarla pagando lo adeudado.

La hipoteca no autorizaba al acreedor hipotecario a usar la cosa, bajo pena de cometer hurto *–**furtum**-* Sin embargo, si el objeto hipotecado producía frutos,

cabía convenir en que el acreedor los percibiera, aplicándolos al pago de los intereses del crédito garantizado. ***Tal convenio recibía el nombre de anticresis.***

3.4. PLURALIDAD DE HIPOTECAS

En el derecho romano se admitió que sobre una misma cosa pudieran constituirse varias hipotecas, porque a diferencia de la prenda, el deudor hipotecario mantenía la posesión del bien hipotecado. Para el caso de pluralidad de hipotecas, se estableció un orden entre los acreedores con arreglo al principio de que las hipotecas más antiguas en su constitución prevalecían sobre las de fecha posterior -***prior in tempore potior in iure***- (*primero en el tiempo prevalente en el derecho*). La facultad de vender correspondía al primer acreedor hipotecario; los posteriores sólo podían reclamar lo que quedaba después de que aquél cobrase su crédito entero.

Sin que constituyeran excepciones al principio general, el derecho romano admitió el ejercicio del ***ius offerendi*** y una sucesión hipotecaria, llamada ***successio in locum***, pero la regla quedaba derogada por la existencia de una prioridad por privilegio en el caso de las hipotecas privilegiadas.

El *ius offerendi*, era el derecho del titular de una posterior hipoteca de ofrecer al acreedor o acreedores de rango preferente el pago de los respectivos créditos, con lo cual pasaba a colocarse en el lugar que ocupaba el acreedor pagado.

La *successio in locum*, se presentaba cuando el crédito garantizado por una hipoteca de fecha precedente a otro u otros, se extinguía, ya porque un tercero daba el dinero en préstamo al deudor para pagar la deuda, constituyéndose en su favor una nueva hipoteca, ya porque el acreedor y deudor sustituían el crédito hipotecario original por otro nuevo mediante novación, acordando el traspaso del derecho hipotecario por lo que sumaba la deuda antigua.

La verdadera derogación del principio de la prioridad temporal en materia hipotecaria la constituyeron las llamadas ***hipotecas privilegiadas***. Entre las principales fueron: la hipoteca general, de que gozaba el fisco sobre el patrimonio de los contribuyentes; la nacida por imperio de la ley y a favor de la mujer sobre los bienes del marido, en garantía de la restitución de los bienes dotales; la hipoteca que gravaba una cosa a favor de quien había dado dinero para su conservación o mejora.

3.5. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

La prenda e hipoteca se extinguieron en los siguientes casos:

a. *Por extinción de la obligación garantizada con la hipoteca*, por tener un carácter accesorio.

b. *Por pérdida o destrucción de la cosa*; por su exclusión del *commercium*.

c. *Por confusión*, reunión en cabeza de una misma persona de las cualidades del deudor y acreedor hipotecario.

d. *Por renuncia expresa o tácita del acreedor* -si deja enajenar o gravar con nueva hipoteca la cosa-, sin hacer reserva de sus derechos.

e. *Por prescripción*; en el caso de la hipoteca, si el acreedor hipotecario no ejercía su derecho, éste se extinguía en un plazo de cuarenta años contados a partir del primer momento en que pudo hacerlo.

QUINTA PARTE
EL NEGOCIO JURÍDICO

1. EL HECHO Y EL ACTO JURÍDICO

Refiere RODOLFO ARGÜELLO, que los jurisconsultos romanos, con su proverbial espíritu práctico y su característica hostilidad hacia la abstracción, no construyeron una teoría general de los hechos y negocios jurídicos, sino que fueron considerando, en los casos concretos que se les presentaban, qué situaciones merecían ser protegidas por medio de acciones y en qué circunstancias debía reconocerse a una determinada persona una facultad para actuar respecto de una cosa o de otra persona también determinada. La dogmática moderna, recogiendo los principios básicos suministrados por la jurisprudencia romana, elaboró la teoría del negocio jurídico, cuya paternidad se atribuye al jurista alemán GUSTAVO HUGO[401].

Podemos decir que hecho es toda acción u obra del hombre o de la naturaleza que cae bajo la percepción de nuestros sentidos. Todo suceso que da lugar a que se produzcan consecuencias jurídicas, es un hecho jurídico. Los hechos que son supuestos para la aplicación de la norma jurídica reciben el nombre de *hechos jurídicos.*

Todo hecho es un mero acontecimiento, que interesa al derecho siempre y cuando que produzca determinadas implicancias jurídicas (nacimiento, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas)[402].

SAVIGNY, llama *hechos jurídicos* los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen o terminan. Así, todos estos hechos tienen un carácter común entrañar con el tiempo un cambio de las relaciones de derecho entre personas determinadas[403].

Refiere RICARDO D. RABINIVICH-BERKMAN que "*hecho jurídico*" es un concepto amplísimo, porque abarca cualquier episodio externo, es decir, verificable

---

[401] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 159.

[402] DI PIETRO, Alfredo; op. cit. pg. 165.

[403] M.F.C. de Savigny; *Sistema del Derecho Romano Actual, Tomo II*, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, pg. 149.

por medio de los sentidos, compartible, objetivo, que el ordenamiento toma como elemento suficiente para generar la adquisición, pérdida o modificación de derechos subjetivos (lo que normalmente se denomina "consecuencias jurídicas"). Así, cualquier evento puede ser hecho jurídico, con tal que reúna las dos características referidas: que sea externo y que haya sido contemplado por el ordenamiento[404].

RABINIVICH-BERKMAN, expresa como ejemplo (que por su importancia se copia literalmente), no podría ser "hecho jurídico", por sí solo, el enamoramiento (el "flechazo del dios Cupido", hubieran dicho los romanos) del poeta ***Catulo***[405] por la atractiva casada **Clodia** (a quien él, por delicadeza llamaba, **Lesbia**), porque no es un factor objetivo, observable. De tal afección, pues, no pueden derivarse consecuencias jurídicas. Pero ocurre que **Catulo**, como poeta que era (y de los buenos), no pudo contenerse y *empezó a escribir versos galantes a* **Clodia**. Uno de ellos, tal vez el más famoso, decía:

> *"Vivamos,* ***Lesbia*** *mía, y amemos*
> *los rumores de los viejos más severos*
> *en una moneda, a todos estimemos.*
> *Pueden los soles morir, nacer de nuevo,*
> *para nosotros, cuando pronto ya apagamos*
> *la breve luz, sólo hay un perpetuo sueño.*
> *Dame pues mil besos, cien más luego,*
> *otros mil después, cien más de nuevo,*
> *y quiero otro millar, más otro ciento,*
> *y cuando tantos miles haya ya de besos,*
> *mezclaremos las cifras, no sabremos,*
> *y no podrán envidiarnos los aviesos*
> *al saber cuántos han sido nuestros besos".*

Claro que aquí nuestro enamorado amigo ya ha pasado de lo subjetivo e interno a lo objetivo y exterior. Su amor por **Clodia**, "***Lesbia***", ha generado la escritura de un poema, y eso sí ya es un hecho, porque tanto la escritura (conducta) como el poema (su resultado) se ven, se tocan, están allí. Pero ¿Es un hecho jurídico? Tal vez debiéramos preguntar la opinión al respecto al austero ***Metello***

---

[404] RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., Derecho, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2001, pg. 436.

[405] ***CAYO VALERIO CATULO***, nació el año 85, murió el 57 a.C. Fue uno de los que introdujeron en Roma los metros líricos de los poetas de Eolia y de la escuela Alejandrina. Su obra comprende una serie de poemas cortos, elegías y epigramas, y algunos poemas largos como *Las bodas de Tetis y Peleo y La cabellera de Berenice*.- ***Antología de la Poesía Latina***, Colección dirigida por Rubén Bonifaz Nuño y Augusto Monterroso, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, México, 1972, pg., pg. 13.

Celer, marido de **Clodia**. Ésta también dio el paso de lo meramente interior al hecho, cuando, según **Catulo** feliz relata, "*una inolvidable noche me dio sus dones hurtados, allí mismo y por ella misma sustraídos a la guardia de su esposo*" (LXVIII, 145-146) (Metello Celer murió al poco tiempo, y las malas lenguas que nunca faltan, murmuraron que lo había envenenado la dulce **Lesbia**).

El hecho que produce consecuencias jurídicas tanto puede pertenecer al mundo humano como al mundo de la naturaleza. Distíngase así entre los hechos voluntarios y hechos no voluntarios.

Los hechos no voluntarios son los independientes de la voluntad del hombre, como el nacimiento de una persona, la muerte de una persona o de un animal, la tormenta que destruye un navío, la sequía que agostó una cosecha asegurada, el transcurso del tiempo, la caída de un edificio[406]. Mayor significación e importancia tienen los hechos realizados por la determinación de la voluntad, como la aceptación de una herencia, la celebración de un matrimonio, la ocupación o abandono de una cosa[407].

También es un hecho que acarrea consecuencias jurídicas el "*nacimiento*": al nacer la persona, se consolida la situación del ***nasciturus***, ocasionando con ello consecuencias dentro de la familia, no sólo personales, sino también patrimoniales; así desde el punto de vista del derecho sucesorio. Igualmente es un hecho la "*muerte*", ya que cesa la persona y determina si se trata de la muerte de un ***paterfamilias*** la apertura de la sucesión, o si es un ***alieni iuris***, la modificación de las cuotas hereditarias, e incluso, si era el único heredero instituido en un testamento, la ineficacia de éste y la apertura de la herencia ***ab intestato***[408].

Cuando se habla de actos, nos estamos refiriendo a acciones voluntarias humanas. Éstos pueden ser realizados por algo prohibido por el ***ius***, y entonces se habla de *actos ilícitos*. Tal sería el caso de la comisión de un delito, por ejm., el ***furtum***. En cambio cuando el actuar voluntario procura ya el nacimiento (***stipulatio***), la modificación ("transacción") o la extinción de una situación o relación jurídica (ejm. el pago) estamos en presencia de *actos lícitos*. Éstos son denominados, con más propiedad, *actos jurídicos*.

Los hechos voluntarios son llamados propiamente *actos jurídicos*. Dentro de ellos hay que distinguir dos típicas categorías: a) el ***acto ilícito***, perseguidor de un fin prohibido por la ley; b) el ***negocio jurídico***, acto enderezado al logro de un fin que la norma jurídica reconoce y tutela.

[406] ARIAS RAMOS J.; op. cit. pg. Pg. 116.
[407] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 155.
[408] DI PIETRO, Alfredo; op. cit. pg. 165.

El ***acto jurídico***, según el resultado operado en relación con el comportamiento de la voluntad dirigida a producirlo, puede ser ***lícito*** o ***ilícito***. ***El acto jurídico lícito, es lo que modernamente recibe el nombre de negocio jurídico;*** el acto jurídico ilícito constituye ***delito***.

2. EL NEGOCIO JURÍDICO: CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

La teoría general del negocio jurídico es producto de la doctrina moderna. Los romanos no la formularon. Aquí, como en tantos otros aspectos, los romanistas ordenan en la trama y encasillado de la sistemática actual reglas y conceptos esparcidos casuísticamente en los textos romanos al ocuparse concretamente de cada negocio jurídico en particular. J. ARIAS RAMOS citando a **Dulckeit**, entiende que los romanos, sin dar el concepto, fueron más allá de una utilización inconsciente del mismo o que le daba por supuesto, formulando principios y normas válidas para todo negocio o para grupos extensos de ellos. *La expresión "**negocio jurídico**" ha ido prevaleciendo frente a la de "**acto jurídico**"*. Cierto que en castellano la acepción corriente de "negocio jurídico" alude a ganancia o lucro, y que, por otra parte, no cambia en nuestro idioma el confusionismo con documentos a que se presta en francés "***acte***". Pero en realidad, "***actos jurídicos***" es expresión que tiene hoy técnicamente un *alcance mayor que la de "negocio jurídico"* pues comprende a todos los actos humanos que producen efectos jurídicos, aunque tales actos no hayan sido enfocados por la voluntad de los que los ejecutan; incluso, por tanto, los delitos[409].

Para JUAN IGLESIAS, el negocio jurídico es una manifestación de voluntad encaminada a la consecución de un fin práctico permitido y protegido por la ley. Consecuencia del negocio jurídico es la adquisición, la modificación o la pérdida de un derecho subjetivo, según conformidad con el fin práctico[410].

Según RODOLFO ARGÜELLO, negocio jurídico es el acto del hombre encaminado a lograr fines lícitos y por ello encuentra la tutela de la ley. Contrariamente, delito es el acto voluntario que lesiona un interés o derecho ajeno y por tal razón la ley castiga a su autor con una pena[411]. La define "*como la manifestación libre y consciente de la voluntad dirigida a lograr fines determinados reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico*".

Para el romanista italiano CARLO LONGO, "negocio jurídico es una manifestación de voluntad privada dirigida a un fin práctico aprobado por el derecho

[409] ARIAS RAMOS, J; op. cit. pg. 116 y 117.
[410] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 155.
[411] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 160.

y, como tal, capaz de producir efectos armonizantes con el fin querido en las condiciones y en los límites determinados por el mismo derecho". Para URSICINO ÁLVAREZ SUÁREZ, "es el acto de autonomía privada mediante el cual los particulares regulan por sí mismos sus propios intereses, en relación con los intereses de otras personas, a cuyo acto el derecho objetivo atribuye unos efectos jurídicos precisos, de conformidad con la función económico-social característica del tipo de negocio realizado"[412].

La categoría del negocio jurídico está integrada por una amplia variedad de figuras. Atendiendo a las particulares circunstancias con que las mismas se presentan, la ciencia moderna formula diferentes clasificaciones. He aquí las principales:

a) ***Negocios unilaterales y bilaterales.***- En el *negocio jurídico unilateral* existe la voluntad de un solo sujeto, como sucede, ejm. en el *testamento, la aceptación de herencia, la emancipación.* El *negocio bilateral,* es cuando intervienen dos partes, por lo menos, cada una de las cuales formula una declaración de voluntad, avenidas a concierto, es decir, a acuerdo -***consensus***-, como la compraventa, la adopción, el matrimonio.

b) ***Negocios formales o solemnes y no formales o no solemnes.***- Son formales o solemnes aquellos negocios respecto de los cuales está prescrita por el ordenamiento jurídico la observancia de una *forma precisa y taxativa,* la inobservancia hace que el negocio no exista, un ejemplo de ellos es el *testamento.* En los otros negocios, *amorfos o no solemnes,* la ley deja en libertad al que los lleva a cabo respecto al modo de exteriorizar su voluntad. En aquéllos, se dice por los comentaristas, la forma es exigida ***ad solemnitatem,*** esto es como imprescindible para la validez del negocio. en los segundos, la forma que libremente adopten los que en ellos declaran su voluntad, tiene sólo un valor ***ad probationem,*** esto es, para patentizar y poder probar la declaración de voluntad que se emitió.

   En el ámbito del ***ius civile***, todos los negocios están dominados por el *imperativo de la forma.* El principio de la *libertad formal* o, si se quiere, el de la no exigencia de una forma determinada y rigurosa, encuentra su reconocimiento en las corrientes del ***ius honorarium*** y del ***ius gentium.***

c) ***Negocios onerosos y gratuitos.***- Los primeros importan la adquisición de un derecho o de una ventaja económica mediante una contrapartida. Se trata, en todo caso, de un cambio de prestaciones, de *un recíproco desprendimiento patrimonial,* como ocurre, por ejm. en la *compraventa. En*

[412] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 161.

los negocios gratuitos, la adquisición se produce sin que exista contraprestación, por lo cual hay enriquecimiento de una persona por el acto de la otra, como ocurre en la *donación.*

d) ***Negocios causales y abstractos.***- Las personas que concluyen negocios jurídicos lo hacen por motivos diversos en cada caso, dentro de un mismo tipo de negocio jurídico. Cada arrendatario de fincas urbanas, por ejemplo, tendrá distintos motivos que le inducen a abonar el precio; uno lo hará para vivir en un sitio que estima higiénico, el otro el motivo será la cercanía al lugar de su trabajo habitual, el otro la amplitud de la casa, etc. Pero en esta gama de motivos diversos hay uno inmediato, el más próximo, que se da siempre en los negocios del mismo tipo[413].

En los *contratos causales,* la existencia de la *causa* aparece ineludiblemente unida a la existencia del acto o negocio, de tal modo que si ésta es ilícita o va contra las buenas costumbres, el acto es inválido. Así por ejm. el contrato "compraventa" es inseparable del fin práctico que se sustancia en el cambio de cosa por el precio.

Negocio abstracto es aquél en relación con el cual la ley no tiene otra exigencia sino la manifestación de la voluntad. Para su eficacia basta lo exterior, la forma. Molde apto para que en él se viertan y encierren finalidades cambiantes en cada caso.

El fin práctico, que técnicamente se llama "*causa*", no aparece en los negocios abstractos. Tal no significa, sin embargo, que no exista, sino que se prescinde de su inmediata consideración, habida cuenta de que el acto sirve a varios fines. En la ***stipulatio,*** por ejemplo, se hace una promesa -***certum dare spondes***? ***spondeo***-, pero no se indica el fin de la misma. No se dice aquí si la promesa obedece a una donación, a un pago, a una prestación de garantía, a una constitución de dote, etc.[414].

e) ***Negocios "mortis causa" e "inter vivos".***- Negocios ***mortis causa*** son aquellos que tienen por objeto regular el destino del patrimonio o bienes particulares, después de la muerte del disponente, ejm, el ***testamento.*** De modo contrario, los negocios ***inter vivos*** gozan de eficacia en vida de ambas partes, como el contrato.

f) **Según cuál sea el objeto o contenido sobre el que versan,** los negocios pueden clasificarse en: negocios relativos al derecho de personas, por ejemplo, el matrimonio, divorcio, adopción; negocios relativos al dere-

[413] ARIAS RAMOS; op. cit. pg. 118.
[414] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 156.

cho patrimonial, entre los que cabe distinguir los de disposición, como la transmisión de la propiedad o la constitución de servidumbres o hipotecas, de los negocios obligacionales, que tienen el efecto de engendrar derechos personales de un individuo frente a otro, como el contrato de compraventa; y negocios relativos al derecho sucesorio, por ejemplo, el testamento[415].

3. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO

Atañen a la estructura del negocio jurídico, lo que la dogmática moderna ha calificado como presupuestos de validez del negocio jurídico. Los sujetos de una relación negocial gozan de libertad para integrar su contenido de acuerdo a sus intereses, pero el derecho objetivo acepta esa regulación privada, si el negocio va acompañado de ciertos requisitos extrínsecos necesarios para que tenga eficacia jurídica.

Según EMILIO BETTI, los presupuestos de validez del negocio jurídico pueden agruparse en tres categorías: según se refieran a la capacidad de obrar del sujeto; a la legitimación de las partes y a la idoneidad del objeto del negocio.

Primer presupuesto -capacidad del sujeto- se refiere a la capacidad de obrar, esto es, a la aptitud legal o jurídica que deben tener los sujetos de una relación negocial para ejercer por sí mismos sus derechos. Carecen de capacidad de obrar el infante y el demente.

Segundo presupuesto -legitimación de las partes- se trata de la competencia de los sujetos para realizar el negocio, competencia que descansa en la relación en que las partes se encuentran respecto de los intereses que van a constituir el objeto del negocio. Comprende dentro de sí dos aspectos: Uno, el poder de proceder a la regulación de esos intereses concretos, lo que supone la exigencia de que esos intereses sean propios. Este poder de disposición, es la legitimación, que significa, un título más en la capacidad de obrar que los sujetos deben poseer. El segundo aspecto se refiere a la idoneidad de las partes que celebran el negocio para convertirse en sujetos activos o pasivos de la relación.

Tercer elemento -idoneidad del objeto- supone que los bienes o cosas sobre los que versa el negocio o que constituyen la materia de él, sean susceptibles de experimentar la regulación que de ellos hagan las partes. Así en los negocios patrimoniales, serán objetos idóneos las denominadas ***res in comercio***, pero no las *res* ***extra commercium***[416].

[415] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 162.
[416] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 162 y 163.

4. ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO

La doctrina distingue, en los elementos del negocio jurídico, tres grupos. *Unos integran la típica estructura del negocio*, de tal modo que, si falta alguno de ellos, el negocio no existe; ***son los elementos esenciales***, por ejm. El precio de una compraventa; sin él no hay contrato. Hay otros elementos que normalmente acompañan al negocio de que se trata, pero los contratantes pueden eliminarlo, haciendo constar: ***son los llamados requisitos naturales***. En la compraventa romana, el que el vendedor responda por los vicios ocultos de la cosa vendida, es un requisito natural; si las partes no dicen nada, tal responsabilidad se exigirá siempre, pero nada impide que si así lo quieren que el comprador acepte a riesgo y ventura la cosa, eliminando tal requisito por no ser este esencial. Por último se dan elementos que ni hacen falta para que el negocio exista, ni la ley lo supone existentes, caso de que los sujetos no lo supriman sino que los ellos los añaden voluntariamente. Tal sería por ejemplo, la fijación de varios plazos para pagar el precio en la compraventa. ***Estos son los elementos accidentales***[417].

1) **Elementos Esenciales.**- Son aquellos sin los cuales no se puede concebir la existencia del acto o negocio. Por ello son denominados también "requisitos". Principalmente. a) *la manifestación de la voluntad*, b) *el objeto*, c) *la causa* y d) *la forma*.

2) **Elementos Naturales.**- Se denominan así *aquellos elementos que no resultan necesarios para concebir el negocio jurídico*, pero que están en su naturaleza. Así, por ejm. la garantía que presta el vendedor respecto de la propiedad de la cosa vendida ("garantía de evicción"), y respecto de los vicios ocultos existentes en dicha cosa ("vicios redhibitorios").

   Como se entiende que hacen a la naturaleza de "buena fe" de la compraventa, aunque las partes no mencionen estas garantías, ellas integran implícitamente el negocio. No obstante esto, por no ser esenciales, las partes podrán determinar expresamente su exclusión.

3) **Elementos Accidentales.**- Son aquellos que se pueden lícitamente incorporar a un negocio jurídico, pero cuya existencia no se presume, sino que depende de la voluntad de las partes que los hayan querido o no incorporar. Tales: ***la condición, el plazo y el modo o cargo***[418].

[417] ARIAS RAMOS; op. cit. pg. 121 y 122.
[418] DI PIETRO, Alfredo; op. cit pg. 167.

5. MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

El elemento que lleva a dar nacimiento al negocio jurídico es el acto voluntario, que puede traducirse en el comportamiento del sujeto o en una declaración o manifestación de voluntad. El comportamiento exterioriza directamente una determinación de voluntad, que si bien no llega a conocimiento de otros, produce un fin jurídico para el sujeto, como sería la ocupación de una cosa sin dueño (***res nullius***), que lo convierte en propietario del bien ocupado. En la declaración, el pensamiento de las partes, el querer de las personas, se exterioriza por palabras o actos que lo muestran claro e inequívoco[419].

La voluntad debía coincidir con lo que los romanos llamaban "causa". Esta era la situación de hecho dada la cual esa voluntad podía generar los efectos jurídicos deseados por el sujeto. La causa debía ser "justa" (es decir, coherente con el ius).

Sólo los sujetos capaces de "*hecho*" o de "*obrar*", o de "*hacer*" podían concretar un acto voluntario. *Los dementes y los infantes no tenían esa capacidad.* Los impúberes "próximos a la infancia" y los pródigos interdictos no podían realizar actos que disminuyesen su patrimonio sin la autorización del tutor (ni la del curador, los menores sujetos a curatela). Los siervos podían "obrar", pero en interés y a nombre de su amo[420].

La declaración de voluntad puede ser *expresa o explícita* cuando el acto volitivo es manifestado de un modo cualquiera mediante signos externos que lo hacen perceptible explícita y directamente, como si los sujetos se valieran de la palabra o la escritura, pudiendo bastar también una seña o un gesto. Es manifestación *tácita o implícita* de la voluntad aquella que surge ***re*** o ***re ipsa***, como dicen las fuentes, con lo cual quieren significar que es la derivada de los hechos, del comportamiento o del modo de obrar del sujeto, o sea, la que nace por *vía indirecta*, aunque por inducción segura. Caso de manifestación tácita es el que nos dan las fuentes del heredero voluntario que sin haber realizado la aceptación de la herencia en la forma prevista por la ley, se lo tiene por aceptante cuando realiza actos que evidencian su calidad de tal, como, por ejm. si pagara las deudas del causante.

Una voluntad interna no era jurídicamente relevante. *El patrón de barcos* ***Nauta Ventoso*** se para en el puerto de Ostia junto a una de sus navíos de carga, y exclama: "¡*vendo esta nave en cincuenta monedas de oro, al primer postor*!". Se forma un grupo de personas, pero nadie responde, hasta que llegue nuestro amigo

---

[419] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 164.
[420] RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo; op. cit. pg. 440.

Leoncio y acepta la oferta. Entonces uno de los presentes grita, indignado: "¿cóm se la va a vender a él, si yo quise comprarla antes, sólo que no lo dije?"[421].

Había formas típicas y "naturales" de manifestar la voluntad en ciertos caso Por ejemplo, la de hacerse dueño de una cosa se expresaba ocupándola o recibien do su tradición. En el matrimonio, la manera era la convivencia.

Más problemática era la "*manifestación tácita*" de voluntad ("material", de cían los romanos), que se deducía del comportamiento del sujeto, cuando no de jaba duda. ***Magno Fundo*** ha muerto, designando heredero a ***Leoncio***. El arrenda tario del campo del fallecido acude a Leoncio a pagarle el alquiler, y éste acept Se entiende que ha aceptado la herencia.

El silencio, al que se ha pretendido asimilar a una declaración tácita de vo luntad, por principio carece de eficacia para crear un vínculo jurídico. Sin em bargo, en casos expresa y positivamente determinados por la ley, ésta recono valor de declaración de voluntad a un asentimiento pasivo representado por u silencio consciente. Así, se admitió que el consentimiento que tenía que prestar ***paterfamilias*** para la celebración del matrimonio de una hija, había de conside rárselo dado sí, conociendo la unión, no se oponía mostrando con evidencia s disenso (D. 23, 1, 7, 1), e igualmente, *se tenía por confeso al que callaba, en vez d asumir la carga de la propia defensa* (D. 50, 17, 142)[422].

Refiere JUAN IGLESIAS, que *el nervio del negocio jurídico es la voluntad.* L voluntad se cifra en tener *conciencia* del negocio las partes que lo realizan, que riendo efectivamente realizarlo. Ahora bien, no es menester una noticia riguros y precisa de la naturaleza del negocio, en cuanto que el efecto es sancionado po el derecho.

Agrega que, *la voluntad interna no es suficiente para que el negocio nazca a l vida de la realidad jurídica. La voluntad ha de ser declarada o manifestada, ya se de acuerdo con las normas prescritas por la ley, ya a tenor de la peculiar naturalez de las relaciones que entran en juego. Tal declaración puede ser oral o escrita, expre sa o tácita, con solemnidad o sin ella*[423].

Atendiendo a las exigencias legales, hay declaraciones de voluntad "*formal* y "*no formal*". Las primeras son las que sólo pueden emitirse. Si se quiere que negocio no sea nulo, en la forma predeterminada por la ley. Los negocios en qu esto sucede son los llamados *solemnes*. El viejo derecho civil romano casi no co

[421] RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo; op. cit. pg. 440 y 441.
[422] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 165.
[423] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 156.

nocía otros. Las formas exigidas para la declaración eran generalmente manifestaciones orales rígidas (***certa et solemnia verba***) y gestos y actitudes simbólicas (aprehender con la mano un objeto o una persona, tocarlos con una varita, etc.). *La infiltración de las costumbres griegas generalizó después la escritura a tales efectos.* Las declaraciones de voluntad "*no formales*" son aquéllas sobre cuyos medios de emitirlas la ley en libertad a los sujetos que concluyen el negocio. Así sucede en la generalidad de los negocios protegidos por el ***ius gentium.***

Las declaraciones de voluntad formales son siempre "expresas". Las no formales pueden serlo o no. Son declaraciones expresas las emitidas de un modo directo e inequívoco que no permite otra interpretación sino la de dirigirse de manera clara y cierta al fin del negocio jurídico en cuestión. Existen muchos negocios en los que la ley exige que la declaración sea de este tipo[424].

6. INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD

Regularmente, el propósito del que concluye un negocio jurídico coincidirá con lo expresado por dicho sujeto; la voluntad interna coincidirá con la exteriorización. Pero no siempre sucede así. A veces lo que una persona quería no es precisamente lo que ha expresado.

En la doctrina moderna se han defendido los dos puntos de vista, desarrollándose dos teorías opuestas: ***la teoría de la voluntad*** (***Willenstheorie* de los pandectistas alemanes**) y ***la teoría de la declaración*** (***Erklärungstheorie***). *Para aquélla,* la exteriorización de la voluntad tiene ante el derecho objetivo un mero valor instrumental. Es -en principio, y siempre partiendo de su licitud- aquel querer efectivo, interno, lo que la norma protege. Siempre que pueda demostrarse la discordancia de la declaración con esa voluntad efectiva, la declaración debe estimarse ineficaz. *Para la segunda teoría,* por el contrario, la voluntad verdadera se escapa a una comprobación segura, yace en pliegues psicológicos en los que el Derecho no penetra. *La sociedad sólo conoce la declaración, de la confianza en la cual habrán surgido expectativas y derechos.* La verdadera misión del ordenamiento jurídico no es actuar la voluntad privada, sino tutelar intereses generales. *La declaración es lo único a que debe atenderse, y con arreglo a estos intereses generales debe ser interpretada*[425].

Refiere MAX KASER, *que los negocios jurídicos, como las leyes, necesitan de la interpretación* (***interpretatio***) para indagar su verdadero alcance y contenido. Para ello, los tiempos modernos, y sobre todo la **Pandectística del siglo XIX**,

[424] ARIAS RAMOS; op. cit. pg. 126.
[425] ARIAS RAMOS; op. cit pg. 127.

han realizado un gran esfuerzo y sus doctrinas han sido recogidas en las recientes codificaciones del Derecho civil. Estas doctrinas parten de las declaraciones de voluntad sobre las que se basa el negocio jurídico y las desintegran en sus dos elementos, *la voluntad como hecho interno*, el fin humano propuesto, lo cual no siempre es exactamente perceptible, y *la declaración de voluntad, hecho externo* y el único que se manifiesta[426]. *Ante esta opción entre la teoría de la voluntad y la declaración, la Pandectística del siglo XIX se decidió por la primera.*

La discordancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada puede se intencional o no. Como casos de discrepancia querida por el sujeto suelen seña larse: las declaraciones ***iocandi gratia***, *la reserva mental* y *la simulación*; y com casos de discordancia no buscada por el sujeto, los del *error obstativo*.

Declaraciones de voluntad ***iocandi gratia*** son las hechas en broma, esta declaraciones no dan lugar al negocio jurídico.

Otro caso de discrepancia entre la intención y lo que se exterioriza tien lugar en las **declaraciones con reserva mental**, o sea con la decisión ***in mente*** d no querer dar eficacia a tal declaración. Tal ***reservatio o restrictio mentalis***, qu puede tener importancia en otras esferas normativas –la ética o la religiosa- care ce de ella en el campo jurídico. Los pocos textos romanos referentes a la materi se atienen aquí a la voluntad declarada.

a) **En la primera época de Roma**, siendo los actos solemnes, el formalism exigía el cumplimiento de los ritos (así para una ***mancipatio***, una ***stipu latio*** o una ***in iure cessio***), al acto producía los actos pertinentes, aunqu éstos no fueran los queridos. *El efecto es consecuencia de la forma del ac y no de la voluntad.*
b) Solamente con el progreso de la cultura jurídica se llega, a final de u lento proceso, a considerar la individual voluntad del sujeto o "*volunta real*". Así sucedió con los actos más informales, en especial aquellos qu debían ser estimados conforme a la ***bona fides***, por ejm. los contrat consensuales, como la compraventa, la locación, el mandato y la soci dad. Estos generaban los ***iudicia bonae fidei***, en los cuales el juez ter mayor libertad para apreciar la real voluntad, más allá de las formas.
c) Por el contrario, *en los negocios formales*, especialmente en la estipul ción y en el testamento, la esclavitud a la forma, produce como cons cuencia que las palabras que se emplean en estos negocios sean tomad en su acepción típica, y se les atribuye el sentido que tienen en el lengu ordinario.

[426] KASER, Max; op. cit. pg. 49.

d) *El problema de la interpretación tuvo una importancia especialísima a propósito de los testamentos.* Ya hacia fines de la República, por influjo de la retórica helenística, se comenzó a debatir el dilema entre la interpretación estricta de las palabras empleadas (***verba***) y la investigación más profunda de la voluntad (***voluntas***) del testador. Este dilema entre ***verva*** y ***voluntas*** fue desarrollado por una línea de oradores, entre los cuales brillaba **Cicerón**.

En un famoso pleito sucesorio, la ***causa Curiana*** (93 a.C.), el orador más destacado de su tiempo, L. CRASO, defendiendo la interpretación de un testamento según la voluntad del testador, triunfó sobre el jurista Q. MUCIUS SCÉVOLA.

El caso era el siguiente: *El testador **Marco Copronio***, creyendo que su mujer estaba embarazada, instituye como heredero al hijo por nacer. Pero para el caso de que dicho hijo muriera antes de la pubertad, el testador dispone su sustitución con ***Manio Curio*** (sustitución pupilar). Muere el testador, pero el hijo que esperaba no nació, por haber errado respecto del embarazo de su mujer.

Se planteó entonces el juicio entre los herederos ***ab intestato*** *-defendidos por* **Q. Mucio Scévola**- *y* **Manio Curio** *-defendido por* **Licinio Craso**-.

El alegato de los primeros se basaba en la literalidad de las palabras expresadas. No habiendo nacido el heredero instituido, y siendo el único, el testamento caía y había que abrir la herencia ***ab intestato***. La sustitución a favor de Curio no valía. Si el testador lo quería, podía haber utilizado una "sustitución vulgar: "Si el hijo no llegase a ser heredero, que lo sea M. Curio". Pero no lo hizo.

En cambio, ***Licinio Craso*** *sostuvo* que había que desentrañar la voluntad del testador, sin atenerse estrictamente a las palabras empleadas. Era evidente, para él, que el testador quería que el heredero fuera M. Curio, antes que los agnados *ab intestato.* Por tanto, había que considerar que la "*sustitución pupilar*" estaba involucrando también la "*la sustitución vulgar*".

El tribunal de los Centunviros se decidió a favor de M. Curio, por lo que la indagación de la ***voluntas*** triunfó sobre la libertad de los ***verba***. Esta importante sentencia fue luego seguida por una decisión de **Marco Aurelio** y **Vero** (D. 28, 6, 4).

e) En la época postclásica, sobre todo por la influencia expresada en las corrientes helenísticas y en los principios teológicos cristianos, favorables a la voluntad, los bizantinos se pronunciaron abiertamente en la interpretación de la verdadera voluntad del testador o de las partes de un testa-

mento o convención o pacto. Contribuyó también a esto el decaimiento de las formas solemnes de los negocios[427].

7. LA CAUSA DEL ACTO JURÍDICO

La causa es un elemento esencial del negocio jurídico. Se entiende por causa en su aspecto objetivo, el *fin práctico que constituye la función económico-social* que es típica del negocio que se realiza. En la compraventa la causa es el cambio de dominio de una cosa por el precio en dinero. No debe confundirse la causa *-fin objetivo del negocio-* con los motivos determinantes *–fin subjetivo-* que son las razones psicológicas que impulsan a las partes a realizar el acto, como podría ser el destino que el vendedor piensa dar al dinero recibido de la venta (prestarlo, donarlo, etc.) o el que el comprador dará a la cosa adquirida (revenderla, alquilarla, etc.)[428].

Uno de los conceptos más huidizos y problemáticos que se presentan en el derecho romano, y cuya complejidad se ha transferido a las instituciones civiles posteriores, hasta la actualidad, es el de "***causa***". La variedad de interpretaciones, según los autores y las escuelas, o las definiciones legales en donde las hay, tampoco han contribuido mucho con la cuestión. En realidad, y ciñéndonos aquí al escenario latino, se trataba de una idea cargada de connotaciones filosóficas, con reflejos aristotélicos y estoicos, que insuflaban la premisa de que "***nada es incausado, salvo la primera causa***". En una cosmovisión que pretendía un universo ordenado, donde todos los fenómenos son el resultado de un estímulo aplicado sobre una materia, era lógico buscar a cualquier negocio su "***etiología***", su razón de ser[429].

El concepto de causa era problemático ya en sus orígenes en la filosofía griega. De las muchas acepciones que le dieron los pensadores helénicos, predominó la aristotélica de "***motor***", es decir, "**aquello que hace que lo demás ocurra**" (de allí que el estagirita identifica a ***Dios*** con la "***primera causa***") tomando estos conceptos, la doctrina posterior dio a la idea de causa un perfil eminentemente psicológico, distinguiendo entre "***causa fin***" (la intención de las partes de obtener los efectos jurídicos derivados del negocio) y "***causa móvil***" (los motivos personales que impulsaron a las partes a celebrar el acto).

En la práctica romana, sin embargo, la causa terminó siendo visualizada como el factor coordinante entre el proyecto individual que genera el negocio y se inscribe en él, y los parámetros (límites) fijados por la comunidad para pre-

[427] DI PIETRO, Alfredo; op. cit. pg. 167 a 169.
[428] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 167.
[429] RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo; op. cit. pg. 454.

miar al sujeto respaldando los efectos del acto. *Los romanos no desarrollaron una verdadera teoría de la causa, que se debió más a los comentarios posteriores.* Sin embargo, en el concepto existía:

Causas *"**onerosas**"* (derivado de ***onus***, "***carga***") eran las que tenían los negocios en los cuales la adquisición de derechos era compensada con una pérdida. *Cuando Leoncio le compra a Nauta Ventoso el Mercurio, adquiere la propiedad de un barco, pero pierde la propiedad de cincuenta monedas de oro.*

Frente a las causas onerosas están las que los romanos llaman "***lucrativas***", porque, por principio, involucraban una ganancia abierta para alguien. La compensación no existía, ni se buscaba la equivalencia, sino todo lo contrario. *Cuando Rústico Tranquilo dona a su liberto un carruaje, no lo hace para obtener nada equivalente a cambio, sino a fin de beneficiar al sirviente leal*[430].

8. LA REPRESENTACIÓN EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Normalmente, la voluntad manifestada en los negocios jurídicos pertenece a las mismas personas a favor y a cargo de las cuales se producen sus efectos. Pero existen excepciones múltiples, las que dan lugar a aquél conjunto de fenómenos que se indica con el nombre de ***representación.***

La voluntad puede manifestarse por medio de otra persona. El intermediario o ***nuntius*** no es más que un agente o instrumento, un vocero del declarante. En cualquier caso, el negocio produce todos sus efectos en cabeza del sujeto que se sirve del *nuntius.*

No debe confundirse la manifestación de la voluntad por medio de otra persona, con la representación. El derecho romano no conoce la *facultad de representar*, esto es, de manifestar una propia determinación de voluntad en negocio que se concluye por cuenta y en nombre de otro -***representación directa***- conoce únicamente la posibilidad de que se lleve a cabo un negocio ***por cuenta de otro***, pero no *en nombre* de otro[431].

La representación puede ser ***necesaria*** (legal) o ***voluntaria.*** Tiene lugar la representación necesaria cuando la persona en quien se quiere que se produzcan los efectos del negocio es incapaz de obrar y debe, en consecuencia, ser reemplazada por otro sujeto capaz; los casos más típicos son, en el derecho romano, ***los del curator furiosi*** y ***del tutor pupilli.*** Se tiene, en cambio, *la representación voluntaria cuando una persona capaz de obrar se hace sustituir* (o es, de hecho,

[430] RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo; op. cit. pg. 454 y 455.
[431] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 157.

sustituida) *por otra en la realización de un negocio o en la gestión de una red más o menos amplia de negocios.* Las hipótesis que aquí se presentan respecto de las relaciones entre representante y representado son múltiples, pero dos sobre todo ocupan el campo en el derecho justinianeo: ***el mandato y la gestión de negocios.*** **Es mandatario** el que se ha obligado por contrato a llevar a término determinado negocio en beneficio de otro (mandante); es **gestor de negocios** aquél que se ocupa útilmente de negocios de otro sin haber recibido el encargo de hacerlo[432].

En el derecho justinianeo el ***procurator*** es, a veces, un mandatario o un ***nogotiorum gestor***, según que administre por encargo recibido o por propia iniciativa.

Para regular las relaciones entre los dos sujetos de la relación de representación, sea necesaria o voluntaria, y entre cada uno de ellos y la contraparte del negocio jurídico, **son posibles dos sistemas**:

a) *Que el representante obre en nombre y por cuenta del representado*, en el sentido de que los efectos jurídicos del negocio se produzcan sin más en la persona del representado, y éste se haga titular de la propiedad que el representante ha adquirido, acreedor o deudor del tercero que ha contratado con el representante (***representación propiamente dicha, o directa***);

b) *Que el representante obre por cuenta del representado, pero en nombre propio*, en el sentido de que los efectos jurídicos del negocio se produzcan exclusivamente en la persona del representante, haciendo de él un propietario, un acreedor o un deudor; pero con la salvedad de que, por efecto de la relación que liga al representante y representado (relación interna, que no repercute en el exterior), aquél puede exigir que se le releve de las pérdidas sufridas, y éste que se le invista con las ventajas económicas del negocio (***llamada representación impropia o indirecta***).

Principio fundamental del derecho romano es la exclusión de la representación directa. En consecuencia, si en cumplimiento de un mandato recibido de **Ticio** compró por su cuenta un esclavo, *la* ***actio empti*** *me corresponde a mí contra el vendedor y la* ***ectio venditi*** *al vendedor en mi contra*, y en mi favor deberá ser cumplido el acto de transmisión de la cosa; luego, *yo tendré que retransmitir la cosa a* **Ticio**, y él deberá reembolsarme el precio o tomar a su cargo la obligación hacia el vendedor, pretensiones que encontrarán su forma jurídica en las acciones recíprocas del mandato[433].

[432] ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; *Instituciones de Derecho Romano*, op. cit., pg. 105.
[433] ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; Instituciones de Derecho Romano, op. cit. pg. 106 y 107.

Si el que administra los asuntos de otro, ya sea por razón del oficio -**tutor, curador**-, ya por convenio -***procurator***, mandatario-, o ya, en fin, por decisión espontánea -***gestor sin mandato***-, concluye un negocio en interés del administrado, los efectos del negocio mismo afectan exclusivamente al propio administrador. Es éste quien adquiere y quien se obliga, y sólo mediante ***un nuevo negocio*** es dable que las consecuencias del primero se produzcan a favor o a cargo del administrado.

Las razones por las cuales el derecho romano repudia la representación propia y verdadera se explican de varias maneras. De un lado, *el formalismo de la época antigua exige la intervención directa -personal-* en el acto o negocio; de otro, el ***paterfamilias*** no necesita recurrir a representantes libres, ya que como tales actúan, por imperio de la ley, los individuos sometidos a su ***potestas*** -hijos y esclavos-. Todo lo que éstos adquieren revierte automáticamente al patrimonio del jefe familiar.

El desarrollo de la vida social y civil y, principalmente, el gran impulso adquirido por las relaciones de tráfico comercial, abren puertas a la representación encomendada a personas libres. El pretor y la jurisprudencia, con procedimientos y medidas de diversa índole, logran que se actúe, en determinados casos, el régimen de la llamada "*representación directa*" o manifiesta[434].

9. VICIOS DE LA VOLUNTAD

Por lo general, la voluntad interna coincide con la voluntad manifestada. En caso de no ser así, y existir una discrepancia, se habla de un vicio de la voluntad o de su manifestación. Ello puede ocurrir en forma deliberada o de manera inconsciente.

I. *Vicios conscientes o intencionados.*- *Esto puede ocurrir en el caso de los negocios simulados, reserva mental, declaraciones* ***iocandi gratia*** *o en los hechos* ***animo iocandi*** *(como mera broma).*

Simulación.- Una divergencia entre la voluntad y la declaración puede tener efecto por *simulación*. El negocio (***contractus imaginarii, nuotiae simulatae, acta simulata***) es como un negocio aparente. Hay en él una doble y coincidente reserva mental. Las partes, si el negocio es bilateral, o el autor de la declaración y su destinatario, en otro caso, están de acuerdo y decididos en su fuero interno a fingir que concluyen un negocio jurídico. Lo celebran de modo perfecto, pero sólo en apariencia, con propósito de que no surta efecto.

[434] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 157.

Suele distinguirse ***la simulación*** en "***absoluta***", cuando no se quiere en realidad concluir negocio alguno, y "***relativa***", cuando no se quiere el que aparentemente se realiza, pero sí otro de contenido diverso: v. gr. *Fingiendo una compraventa para disfrazar una donación.* Tanto en uno como en el otro caso de simulación, *el Corpus Iuris declara nulo el negocio simulado. Es válido, en cambio, en la simulación relativa, el negocio que realmente se ha querido*, siempre que sea lícito y que se reúnan los requisitos necesarios para su existencia. En el ejemplo anterior será nula la compraventa y valdrá la donación; pero si los interesados son marido y mujer, será ineficaz la compraventa por falta de voluntad, y lo será también la donación, porque entre cónyuges es un negocio prohibido por la ley[435].

Por eso se declaró también la nulidad de los negocios jurídicos celebrados ***in fraudem legis***, es decir, cuando el negocio realmente querido no ataca abiertamente la letra de la ley, pero sí su espíritu. Prohibidas las donaciones entre cónyuges, si éstos se divorciaban, se hacían la donación, y volvían después al matrimonio, ello no violaba abiertamente ninguna norma romana, pero burlaba el espíritu inspirador de la prohibición a las donaciones conyugales.

Hay ***reserva mental*** cuando el declarante hace una manifestación de voluntad aparentemente seria, esto es, sin responder a la verdadera y callada. El derecho romano no tuvo en cuenta la ***restrictio mentalis***, considerando válido cualquier negocio por la misma afectado.

No produce efecto las declaraciones hechas en broma -***iocandi gratia***-, no obstante, si la persona receptora las creyese en serio, la declaración ha de responder por los daños causados.

II. Vicios inconscientes o inintencionados.- Éstos ocurren en caso de *error*, *dolo* y *violencia.*

a. Error. Se entiende por error *el falso conocimiento* que la o las partes tienen sobre el acto o negocio llevado a cabo o sobre un aspecto especial de él. En otras palabras *es tanto el falso conocimiento como la ignorancia de la realidad de una cosa*, o si se quiere, de una circunstancia de hecho.

Refiere JUAN IGLESIAS, que distinto de este error -***error de hecho***-, que es el que aquí nos vamos a tratar, es el ***error de derecho***, respecto del cual rige el mismo principio que en el Derecho moderno, en el sentido de que ***no es excusable***. Según dice Paulo, ***iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*** (la ignorancia de derecho perjudica, mientras que la de hecho no perjudica) (D. 22, 6, 9, pr.). Sin embargo, el error de derecho puede ser

---

[435] ARIAS RAMOS; op. cit. pg. 129.

invocado por determinadas categorías de personas sobre la base de una razón particular o de privilegio: mujeres, menores, soldados, hombres rústicos, etc.[436].

El error puede asumir diferentes formas:

1. ***Error in negotio***.- Tiene lugar *cuando recae sobre la naturaleza del negocio* que las partes celebran. Ejemplo si **Ticio** entrega una suma de dinero a **Sempronio** con ánimo de donársela, entendiendo el que recibe que le es dada en préstamo. En este supuesto el error es esencial, y no hay ni donación ni mutuo (Ulp., D. 12, 1, 18, pr.).
2. ***Error in persona***.- Se produce este error *cuando se celebra un negocio con persona distinta de aquella con la cual se creía negociar. **Es esencial el error cuando versa sobre la identidad de la persona, o bien sobre las cualidades de la misma***. Por ejemplo, en la concesión de un crédito a un individuo, cuando la hacemos fundándola en la particular confianza que nos inspira, o en la realización de una obra por parte de un artista en quien valoramos su especial competencia, en la celebración de un matrimonio, el error en la identidad de la persona con quien se contrae será esencial. En otros casos, el error no tiene relieve o significación. Como en el caso de que el comerciante vendedor haya creído que el que compró en su establecimiento es **Aulio Gelio**, cuando realmente fue **Hermes**, la compraventa, en la generalidad de los casos, no por ello será nula. *Por ello en que tal error sea o no esencial depende de la naturaleza del negocio.*
3. ***Error in corpore***.- Es el que *versa sobre la identidad del objeto, se considera siempre esencial*. Tal ocurre, v. gr. cuando declaro comprar el *fundo Carmelo*, siendo así que quiero comprar es el *fundo Palatino*, no hay compraventa. Siempre, claro es, que el error se refiera a la identidad real de la cosa, no al nombre exclusivamente.
4. ***Error in substantia***.- Es el que recae sobre las cualidades esenciales y constantes de la cosa -***substantia rei***-, no siempre es esencial. En múltiples casos el negocio valía aunque tal error existiese. *La idea de que quien quiere lo más quiere lo menos*, en relación, en los negocios bilaterales, con la posición respectiva de las partes, guió a los jurisconsultos romanos para dar en cada caso la solución que evitaba el daño injusto. Si **Bruto** *estipula prometiendo entregar una cosa que cree que es de bronce cuando realmente es de oro*, ***el error in substantia*** será esencial y no valdrá el contrato. En cambio si **Tulio** compra un objeto en la creencia de que es de estaño, cuando realmente es de plata y como tal lo tiene el vendedor,

[436] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 164.

la compraventa valdrá, porque en este caso no se estima esencial el ***error in sbstantia***[437].

5. ***Error in quantitate.***- Tiene lugar cuando el error recae sobre la cuantía de la cosa objeto del negocio.

Los textos nos refieren al error en la cantidad de una suma prometida en una ***stipulatio***. Tratándose de un negocio formal, la pregunta y la respuesta deben ser congruentes. Así, por ejm., si se preguntaba: ¿Me prometes dar 1000 sestercios?, y el otro contestaba: "Te prometo dar 100".

En la época de Gayo, se interpretaba que cada suma era un objeto distinto, por lo que el interrogado no respondió exactamente a lo preguntado; siendo así, la ***stipulatio*** era nula (Gayo. 3, 102). Sin embargo, más tarde, con **Ulpiano** y **Paulo**, las sumas son consideradas puras cantidades, por lo que como la suma menor está siempre comprendida en la mayor (los 100 en los 1000), se interpretaba que la ***stipulatio*** era válida hasta el monto menor, en este caso por los 100 sestercios (Paulo, D. 45, 1, 1, 4)[438].

b. Dolo.- Se trata acá del supuesto que *una de las partes realiza alguna maniobra para engañar a la otra haciéndola caer en un error provocado.* Entraña una conducta maliciosa y fraudulenta destinada a hacer incurrir a una persona en error o a hacerla caer en engaño.

Lo ha definido el jurisconsulto LABEÓN como *toda astucia, falacia, maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro* (***Dolum malum ese omnem, calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam***) (D. 4, 3,1, 2)[439].

SERVIO SULPICIO RUFO, la definió como: "***Cierta maquinación para engañar a otro, cuando se simula una cosa y se hace otra***" (Ulp., D. 4, 3, 1, 2).

En un principio, los actos y negocios en que hubiera mediado dolo eran válidos, salvo después aquellos en los cuales intervenían menores de 25 años, quienes eran protegidos por el pretor. Sin embargo, desde que se practicaron los contratos de buena fe, se fue forjando la idea de que el actuar doloso era una figura delictual, y fue así que AQUILIO GALO, gran jurista del siglo 1 a. C., actuando como pretor peregrino en el año 66 a.C. ***tipificó al "dolo malo"***, concediendo al perjudicado la ***actio de dolo*** para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido[440].

---

[437] ARIAS RAMOS; op. cit. pg. 132 y 133.
[438] DI PIETRO, Alfredo; op. cit. pg. 171
[439] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 174.
[440] DI PIETRO, Alfredo; op. cit. pg. 172.

Hacia finales de la República el pretor creó la ***actio doli*** y la ***exceptio doli***. La ***actio doli*** -acción infamante, y por ello, subsidiaria- *se ejercita contra el autor del dolo, dentro del año, es intrasmisible a los herederos y tiende a la reparación del daño sufrido.* **La *exceptio doli*** *es concedida a la víctima del dolo para repeler la acción* por la que el culpable o sus causahabientes reclamen el cumplimiento del negocio[441].

La actio de dolo sólo puede ser dirigida contra aquél que cometió el dolo, pero no contra un tercero. En esto se diferencia de la ***actio quod metus causa***, para el caso de violencia, en la cual no interesa de quien provenga ella (D. 4, 3, 15, 3).

En la época postclásica. CONSTANTINO amplió la acción al plazo de dos años. Igualmente extendió los efectos contra los herederos hasta el límite de lo enriquecido (D. 4, 3, 17, 1).

c. Violencia.- La palabra ***metus*** (miedo) sirve para designar el temor a sufrir un daño, del cual se sirve una de las partes para amenazar a la otra para que se realice un acto que de lo contrario no se habría efectuado. Ejemplo, te conmino, bajo amenaza de muerte, a que realices una ***stipulatio***, prometiéndome deber cierta suma de dinero.

El negocio celebrado bajo violencia, contraria al Derecho o a la moral (***vi metusve causa***), es, independientemente de que el negocio sea formal o libre de forma, en el **Derecho civil**, regularmente válido. Según e **derecho pretorio** estos negocios son inválidos. El pretor otorga:

1. ***Una in integrum restitutio***, por cuya virtud los efectos que el negocio produjo deben ser excluidos mediante acciones especiales; así, por ejm. lo que se transmitió bajo la presión de la violencia debe ser restituido, la deuda remitida por la misma causa sebe ser restablecida (D. 4, 2, 9, 4).
2. El pretor otorga por todo acto de violencia (D. 4, 2, 1, pr. y ss.) una acción penal, ***actio quod metus causa*** *por el cuádruplo, y transcurrido un año por el* ***simplum*** del valor del perjuicio sufrido, y probablemente ya en la época clásica, no sólo contra quien ejerció la violencia, sino también contra el tercero de buena fe que consiguió algo de la cosa violentamente arrebatada. La acción era una ***actio arbitaria,*** en la que es dable eludir la condena, mediante la reparación ***in natura*** efectuada con anterioridad a la sentencia (D. 4, 2, 9, 8).
3. Quien por efecto de un negocio viciado de violencia se halla obligado a realizar una prestación, dispone contra la acción del acreedor (aun cuando éste no sea quien ejerció la violencia) de una ***exceptio metus*** (D. 44, 4, 4, 33).

[441] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 166.

Los contratos ***banae fidei*** y los negocios que producen efectos propios del **Derecho honorario**, si se hallan viciados de violencia, son ineficaces, y no se requiere para hacer valer esta ineficacia excepción alguna.

El derecho postclásico vulgar, en caso de negocios viciados de violencia, concede una acción de indemnización derivada de la ***in integrum restitutio***. JUSTINIANO trasfunde la ***in integrum restitutio en la actio quod metus causa***. Con esta acción, el perjudicado puede exigir de cualquiera lo que éste obtuvo por efecto del negocio viciado de violencia, y del autor de ésta, además, la pena del triplo. La acción es también arbitraria. Subsiste la ***exceptio metus***[442].

10. MODALIDADES DEL NEGOCIO JURÍDICO

En un negocio jurídico se pueden incorporar ciertas cláusulas, cuya inclusión depende de la voluntad de las partes. Pero una vez agregadas tienen validez para el negocio jurídico. En términos modernos se denominan "***elementos accidentales***" del negocio jurídico.

Entre los romanos, el nombre que suele emplearse para designar los elementos accidentales del negocio jurídico es el de ***leges***. Hablase de ***lex rei suae dicta***, de sometimiento de la cosa a los dictados del titular. En efecto, las partes se someten a la modalidad que han optado agregar y deben cumplir como una "***ley privada***".

Las cláusulas accesorias de más frecuente uso, son la condición, el término y modo.

1. Condición.- En su peculiar y técnico sentido, es la cláusula o declaración adicional formulada por la exclusiva voluntad de la persona o personas que concluyen un negocio jurídico en virtud de la cual se hacen depender los efectos de tal negocio de un determinado *acontecimiento futuro e incierto. También al acontecimiento mismo, por metonimia, se le suele llamar condición.*

I. Condición suspensiva

a) Los negocios jurídicos pueden tener un desenvolvimiento no previsible con seguridad, cuando son celebrados bajo condición (***condicio***). *La condición es concebida actualmente como un acontecimiento futuro e incierto, de cuya realización depende la eficacia del negocio jurídico condicional.* **El derecho romano más antiguo y el clásico** solamente conocen la ***condición suspensiva*** en la que el negocio jurídico produce sus efectos cuando el hecho condicional se cumple.

[442] KASER, Max; op. cit. pg. 54.

Ejemplos: ***si navis ex Asia venerit, centum dari spondes?*** El efecto del negocio, que se cifra en la entrega de la suma, queda supeditado a la circunstancia de que venga la nave de Asia. *La condición suspensiva es conocida ya por el derecho sacro en las promesas hechas a la divinidad* (***votum***) para el caso de que ocurra determinado hecho. En derecho privado hallamos la manumisión testamentaria condicional, reconocida ya en la Ley de las XII Tablas.

b. La condición puede figurar en negocios jurídicos de cualquier índole con excepción de los llamados ***actos legitimi***, los cuales si se subordinan a una condición son ineficaces.

   Entre los negocios jurídicos que no toleran la *condición*, figuran, según PAPINIANO (D. 50, 17, 77), la ***emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris.*** **En derecho clásico** debe añadirse la ***in iure cessio.***

c. El hecho condicional puede consistir en un hecho independiente de la voluntad de quien resulta titular condicional o dependiente de su voluntad total o parcialmente. Conforme a esta consideración se distinguen ***condicio casualis, potestavitiva*** y ***mixta.***

   Una condición potestativa se da por ejemplo en la venta a prueba si el comprador aprueba la mercancía que le es vendida. La condición potestativa negativa: "si el titular condicional no hace tal cosa", sólo puede considerarse cumplida una vez que muere el titular condicional.

d. *Son falsas condiciones aquellas que consisten en hechos presentes o pasados, imposibles, necesarios, ilícitos e inmorales.* Si la condición consiste en un hecho presente o pasado, el negocio afectado de esta condición es inmediatamente eficaz, porque no se da el requisito de la futuridad y, por tanto, no puede haber situación de pendencia del negocio. Si el hecho condicional es imposible, esta condición hace nulo el negocio[443].

   En las condiciones suspensivas, en el momento en que la condición se cumple -***condictio extitit***-, el negocio adquiere plena eficacia, cual si fuese puro. La condición se considera cumplida cuando la persona que tiene interés en que no se cumpla impide su realización. Se considera igualmente cumplida la condición de cuya realización se deriva una prestación a favor de tercero, siempre que éste se niegue a recibir lo que le ofrece el gravado. En ambos casos se habla de cumplimiento ficticio[444].

---

[443] KASER, Max; op. cit. pg. 57 a 59.

[444] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 159.

e. El efecto de la condición suspensiva es la pendencia del negocio jurídico a esta condición subordinado (***condicio pendet***). El titular condicional no adquiere el derecho antes de cumplirse la condición y sí solamente una expectativa, hereditariamente transmisible, que ofrece varias manifestaciones.

   Las condiciones pueden ser ***positivas****, cuando el negocio se subordina a que se realice un acontecimiento*: "*que ocurra tal hecho*" o ***negativas***, cuando se subordina a que no suceda: "*que no ocurra tal hecho*".

II. Condición resolutoria.

a. En el caso de la *condición resolutoria*, los efectos del negocio jurídico se producen inmediatamente a su celebración, extinguiéndose al cumplirse el hecho condicional. *Los clásicos no consideran la condición resolutoria* como una condición especial y autónoma, sino que los negocios afectos a esta condición son por ellos estimados, en tanto son lícitos, como negocios puros que contienen un pacto resolutorio sujeto a condición suspensiva.

   Ejemplo: si se ha convenido que se extinga un contrato de compraventa, si el comprador dentro de determinado plazo no aprueba la mercancía (venta a prueba), tal contrato es considerado por los clásicos como un contrato puro, con la facultad reconocida al comprador de resolver el contrato mediante la desaprobación del objeto (D. 18, 1, 3).

b. En el derecho postclásico se abre paso la idea de una propiedad de duración temporal, así que es posible otorgar una propiedad o construir una servidumbre, con sujeción a condición resolutoria. Esta sigue, en cambio, siendo inconciliable con la libertad, la ***patria potestas*** y el derecho hereditario[445].

2. Término.- Término -***dies***- *es un hecho futuro y objetivamente cierto, a partir del cual comienzan o cesan los efectos de un negocio jurídico.* Según resulta de lo dicho, *el término puede ser inicial o suspensivo-* ***ex die****- y final o resolutorio* -***in diem***. *A diferencia de la condición, el término presupone un hecho cierto, es decir, un hecho que ocurrirá.* En cualquier caso, el término tiene por única función la de dilatar o retrasar los efectos o la resolución de un negocio que ha nacido a vida en el momento de la declaración. Constituida a término una relación obligatoria, considerase ésta perfecta, si bien sólo puede exigirse el crédito a la llegada de aquél. De tal suerte se tiene por existente la relación, que si el deudor pagara antes, no le es dable pedir la restitución[446].

---

[445] KASER, Max; op. cit. pg. 59 y 60.
[446] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 161.

En el caso del término, la eficacia del negocio jurídico se subordina a un hecho futuro que se producirá con toda seguridad. Sólo el momento en que ocurrirá el hecho puede ser determinado o indeterminado (un día del calendario o el día de la muerte de cierta persona). El término se rige por las mismas normas que se aplican a la condición.

El término suspensivo (término inicial), cuando a él se subordina un ***actus legitimus***, hace a éste ineficaz. Si se pone este término a una institución de, el término se tiene por no puesto y el instituido es inmediatamente heredero. Cuando la transmisión de propiedad, la manumisión, etc., se sujetan a término suspensivo, genera éste lo mismo que si se sujetasen a condición, una expectativa. Si un deudor se obliga a término, se crea inmediatamente una obligación transmisible hereditariamente, sólo su ejecución es aplazada hasta la supervivencia del término y, por tanto, sólo en este momento puede exigirse la prestación. ***El término resolutorio*** (término final) es concebido lo mismo que la condición resolutiva, como un pacto resolutorio y sólo en el período postclásico se aplica esta concepción[447].

3. Modo.- *En los negocios jurídicos que implican una liberalidad* -**donaciones *inter vivos*, actos de última voluntad**-, el otorgante señala, a veces, al beneficiado el empleo que ha de hacer de todo o parte del beneficio, o le indica un cierto comportamiento. Esta cláusula limitativa es otro de los ***accidentalia negotia*** -si bien sólo puede adosarse a los indicados tipos de negocio-, y recibe la denominación técnica de ***modus***; ejm. **"lego 100 a Ticio *ut monumentum faciat*"**[448].

El modo constituye la limitación de una donación, manumisión o disposición testamentaria, en tanto se impone una determinada conducta al favorecido con estos negocios jurídicos.

Ejemplos: el donatario debe manumitir posteriormente al esclavo donado; el manumitido o el beneficiado con un legado pecuniario debe cuidar del sepulcro del causante (D. 35, 1, 40, 5; D, 40 5, 7).

La diferencia esencial con la condición estriba en que aquí no se suspende, como en aquella, la ejecución de los efectos del negocio hasta que el acontecimiento se dé. *El cumplimiento del modus es un deber a posteriori que recae sobre el beneficiario.* Los clásicos no ven tampoco en el *modus* una figura autónoma, y para ellos depende del carácter del negocio jurídico a que va unido el *modus* si la ejecución de éste puede ser o no coercible. Solamente JUSTINIANO, que ordena lo relativo al *modus* de forma conveniente al interés de la Iglesia como una figura

[447] KASER, Max; op. cit. pg. 60 y 61.
[448] ARIAS RAMOS; op. cit. pg. 141.

autónoma, hace constreñible el cumplimiento del modo mediante la recuperación de lo atribuido en caso de que aquél no se cumpla[449].

*En los primeros tiempos el cumplimiento de las obligaciones modales era un deber ético, librado a la **fides***. Más adelante, en el derecho clásico, es una obligación jurídica que puede exigirse al beneficiario por el disponente o sus herederos, mediante procedimientos indirectos y el otorgamiento de cauciones. En el derecho justinianeo se opera un avance y se autoriza al constituyente o a sus herederos a exigir la devolución de la liberalidad por medio de la ***condictio causa data causa non secuta*** o a compelerlo al cumplimiento de la carga o gravamen mediante la ***actio praescriptis verbis***[450]. Si un donatario es gravado por un ***modus*** y no ejecuta éste, el donante tendrá, para recuperar lo donado, además de la ***condictio*** una ***reivindicatio utilis***, pues se admite que la propiedad condicionada resolutoriamente del donativo, cuando éste no ejecuta el *modus*, pase automáticamente al donante (C. 8, 54, 1 pr.).

11. INEFICACIA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: NULIDAD Y ANULABILIDAD

La ineficacia (*nulidad*) de los negocios jurídicos tuvo en Roma escaso desarrollo, incluso falta una terminología precisa.

a) Para el ***ius civile***, el acto ineficaz de manera absoluta es calificado de ***nullum nullius momenti*** (nulo en todo instante) o meramente ***nullum*** o ***inutile***. Ello ocurría (a) si no se habían realizado las solemnidades requeridas: ejm. en la ***mancipatio***, en una ***stipulatio*** o en ***testamento***; (b) también cuando el acto o negocio jurídico ha sido prohibido por la ley o sancionado con la nulidad (***Lex perfecta***; ejm. Actos realizados en contra de lo dispuesto por la ***Lex Aelia Sentia***); igualmente si por su naturaleza el acto es inmoral (***contra bonos mores***). En estas circunstancias el acto o negocio carece totalmente de efectos.

b) Para el ***ius praetorium***, no solamente existe esta "nulidad absoluta", sino que además permite que aun siendo el acto válido en principio, el demandado pueda alegar por alguna causa admisible su validez. En estos casos el magistrado o denegará la ***actio*** (***denegare actionem***) o le concederá al accionado una ***exceptio*** o una ***in integrum restitutio***. Con ello el acto o negocio queda convalidado. Se trataría acá de "***actos anulables***" o de "***nulidad relativa***", la causa de invalidez debe ser planteada por la parte[451].

[449] KASER, Max; op. cit. pg. 61.
[450] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 171.
[451] DI PIETRO, Alfredo; op. cit. pg. 180.

Hay negocio ineficaz o inválido cuando por estar afectado por defectos o vicios en su constitución, el ordenamiento jurídico no le reconoce sus efectos propios o normales.

La ineficacia es por regla general definitiva. Sólo excepcionalmente se concede una convalidación (convalecencia). A veces la convalidación se produce según el derecho pretorio. Si una persona enajena una cosa de la que no es dueño y posteriormente llega a serlo, el adquirente adquiere solamente una propiedad pretoria (***in bonis habere***).

La doctrina moderna distingue dos figuras principales de ineficacia: ***la nulidad*** y ***la anulabilidad.*** Se dice que un *negocio jurídico es nulo* cuando desde su nacimiento y de un modo definitivo no produce ningún efecto jurídico. *La nulidad se produce automáticamente, en virtud del propio derecho objetivo* (***ipso iure***), el cual niega al negocio eficacia jurídica por carecer de alguno de sus presupuestos o elementos esenciales. *Se dice también que en esos casos el negocio es inexistente.* Se considera ***negocio anulable*** aquel que, a pesar de estar integrado por sus presupuestos y elementos esenciales, alguno de ellos está afectado por algún vicio que permite impugnar su validez con eficacia retroactiva, de manera que pueda declararse su nulidad por esta vía de impugnación[452].

Causas de ineficacia.- Diversas podían ser las causas de ineficacia del negocio jurídico. Tales la falta de capacidad jurídica del sujeto o de su capacidad de obrar y falta de idoneidad del objeto, casos en los cuales se vulneraban los presupuestos de validez del negocio. También había invalidez cuando se atacaban los elementos esenciales, adquiriendo especial importancia la voluntad, que debía manifestarse con discernimiento, intención y libertad. Había igualmente ineficacia cuando el vicio se refería a la causa, como si ésta faltara, fuera ilícita o inmoral, y también en caso que se violaran las formas prescritas por la ley.

Según JUAN IGLESIAS, **los casos de nulidad radical, *ipso iure*,** son los siguientes:

a) Imposibilidad de la prestación;
b) Contenido inmoral;
c) Infracción de norma legal;
d) Imposibilidad de la condición;
e) Falta de capacidad jurídica o de obrar, aun cuando las personas ***in potestate patris*** podían realizar negocios válidos para el ***paterfamilias***;
f) Vicios o defectos formales, y

[452] AGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 171.

g) Vicios de la voluntad.

Refiere este autor, que los negocios anulables tenían existencia jurídica, pero los vicios de que adolecían daban fundamento para pedir su ineficacia. Así, por ejm., era factible impugnar el testamento que infringe el régimen de la legítima, por medio de la ***querela inoffisiosi testamenti***[453].

12. CONVALIDACIÓN Y CONVERSIÓN DE LOS NEGOCIOS

El negocio afectado de invalidez no puede producir efectos jurídicos, de acuerdo con un principio general. *Sin embargo, es dable convalidarlo mediante la confirmación o ratificación -**ratihabitio**-*, que tiene lugar, por ejemplo, cuando el *paterfamilias* reconoce la deuda causada por préstamo hecho al hijo contra la prohibición del **Senadoconsulto Macedoniano**. De igual modo, un cambio en las circunstancias que originalmente acompañaron al negocio, puede fundamentar su convalidación, cual acaece cuando el cónyuge donante muere sin revocar la donación, o cuando media adquisición sucesiva de la propiedad por el pignorante[454].

Los medios por los cuales la convalidación se verifica son: a) El dejar transcurrir el tiempo señalado para intentar los medios judiciales de impugnación; b) La ratificación o confirmación que es la expresa renuncia a utilizar dichos medios judiciales; c) La remoción del vicio que afectaba el negocio, y d) El juramento[455].

Los juristas modernos hablan también de que el negocio inválido es, a veces, susceptible de "*conversión*". Viene a ser ésta como una rectificación en la calificación jurídica del negocio. *La conversión tiene lugar cuando un negocio que es nulo, por no reunir los requisitos de un determinado tipo, puede surtir los mismos efectos prácticos mediante otro negocio de tipo distinto.* Así, por ejemplo el **Senadoconsulto Neroniano** dispuso que los legados que fuesen nulos en la forma adoptada por el testador, tuviesen validez en otra forma a la que fuera dable ajustarse. Cabe que la conversión se opere por propia determinación del sujeto, y así acaece, por ejemplo *cuando el testador dispone que el testamento nulo, como tal surta efectos como codicilo.*

---

[453] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 167.
[454] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 168.
[455] ARIAS RAMOS; op. cit. pg. 146.

Sexta Parte
DERECHOS DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO I
LAS OBLIGACIONES Y SU CLASIFICACIÓN.

1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA OBLIGACIÓN.

CONCEPTO.- Obligación -***obligatio***- es un vínculo jurídico por el cual una persona llamada deudor es constreñida frente a otra -acreedor- a realizar una determinada prestación.

Se define en las Instituciones de Justiniano: "*la obligación es un vínculo jurídico con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad*" (***obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius sovendae rei, secundum nostrae civitatis iura***) Inst. 3, 13 pr.

En una cita de Paulo en el Digesto encontramos que "*la esencia de la obligación no consiste en que uno haga nuestra una cosa o una servidumbre, si no en constreñir a otro para que nos dé, haga o indemnice algo*" (***obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostrat, faciat, set ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum***) D. 44, 7, 3.

El derecho de crédito es una relación entre dos personas de las cuales una, el acreedor, puede exigir de la otra, el deudor, un hecho determinado o una abstención apreciable en dinero. Desde el punto de vista del acreedor es un derecho de crédito que consta en el activo de su patrimonio, desde el punto de vista del deudor es una obligación, una deuda que figura en su pasivo.

La palabra obligación "***obligatio***" de la cual los romanos se sirven, en sentido amplio para designar lo mismo la deuda que el crédito, se deriva de "**ob**" y "***ligare***", *da la idea de vínculo de derecho* por el que somos constreñidos en la necesidad de pagar alguna cosa.

Al igual que otros conceptos romanos, la obligación sufrió transformaciones a lo largo de su vida jurídica y por tanto se hace necesario seguir su evolución en las distintas etapas históricas.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA OBLIGACIÓN

Las primeras obligaciones sancionadas por el derecho romano en la época arcaica, fueron las nacidas de los llamados "***maleficios***" o "***delictum***"; y se hicieron efectivas mediante los siguientes procedimientos sucesivos:

a. Venganza Privada

El ofendido puede causar al ofensor un daño igual o mayor que el recibido.

La ***Ley de Talión*** constituye la primera limitación de este derecho, al establecer que el ofendido no puede causar al ofensor, un daño mayor que el recibido de éste (***ojo por ojo diente, por diente, vida por vida***).

b. Composición Voluntaria

El ofendido renuncia el derecho de aplicar al ofensor una pena corporal, mediante el *pago de una suma de dinero.*

c. Composición Legal

Debido a los excesos cometidos por los ofendidos, *las leyes* establecieron que el derecho de éstos se limitaba a obtener del ofensor, una pena pecuniaria, cuyo monto fijaban.

Como el pago inmediato ofrecía dificultades, se otorgaba un plazo al ofensor, quien debía dar una garantía, mediante las formas del ***nexum***.

Inicialmente, el deudor constituye su propia persona como garantía. Luego se permite que un tercero, llamado ***vindex***, pague por aquél, o se responsabilice por la deuda.

La ***Lex Poetelia Papiria*** tendió a evitar los excesos de los patricios, *prohibiendo que se garantizaran deudas con la vida o con la libertad.* Esta ley del año 326 a.C., establece la abolición de la muerte o venta como esclavo del deudor[456].

[456] La ***Lex Poetelia Papiria***, otorgaba al acreedor la facultad de retener al ejecutado en una condición similar a la del siervo al objeto de que con su trabajo y labores pudiera obtener la redención de la ***cuasi servidumbre*** en que había caído por razón de deudas. Durante la época clásica subsiste la ejecución personal, en la nueva forma pactada por la ***Lex Poetelia***.

La ***Lex Vallia*** *permitió que los deudores se defendieran por sí mismos*, en lugar de hacerlo por intermedio de un ***vindex*** como ocurría cuando aquéllos se encontraban sometidos a la ***manus*** del acreedor.

d) Bonorum Venditio

El paso siguiente está constituido por este procedimiento, por el cual, *si el deudor no satisface la deuda, transcurrido cierto plazo, se procede a la venta de su patrimonio*. Este procedimiento traía aparejada la tacha de *infamia*.

Más adelante la ***Lex Julia*** permitió a los deudores ceder sus bienes a los acreedores en pago de lo que adeudasen.

e) Bonorum Distractio

Luego se instituye esta acción, cuyo fin es la *venta de los bienes del deudor, al detalle*, por intermedio de un curador.

En esta forma las primitivas penas corporales se transforman en obligaciones de carácter patrimonial, con lo que surge el derecho creditorio[457].

2. ELEMENTOS DE LAS OBLIGACIONES: SUJETOS, OBJETO Y VÍNCULO

Del concepto de obligación como vínculo jurídico en virtud del cual el acreedor puede constreñir al deudor al cumplimiento de una determinada **prestación** que puede consistir en ***un dare, un facere, non facere*** o ***un praestare***, surgen sus elementos integrantes: los sujetos, el objeto o prestación y el vínculo jurídico.

1. LOS SUJETOS

Existen sujetos activos y pasivos que pueden ser uno o varios. Los sujetos se han estudiado históricamente relacionándolos con personas físicas o llamadas de existencia visible, en el transcurso del tiempo se incorporan las personas morales llamadas también de existencia ideal o colectivas.

Al sujeto activo, *acreedor*, pertenece el derecho de exigir del *deudor* la *prestación que es objeto de la obligación*. El derecho les da como sanción a su crédito una *acción personal*, es decir, la facultad de dirigirse a la autoridad judicial para obligar al cumplimiento de su deudor.

El sujeto pasivo o *deudor* es la persona que está obligada a procurar al *acreedor el objeto de la obligación*.

[457] ODERIGO N., Mario; op. cit. pg. 219 a 221.

Las personas o sujetos que integran la relación de la obligación deben ser determinadas o determinables, lo ideal, es que se conozca previamente cual es la persona del deudor y cual la del acreedor, pero muchas veces esto no es posible. Ejm., cuando existe la *declaración unilateral de voluntad* como fuente de la obligación, se duda de quién sea el heredero, etc.

2. OBJETO

En segundo lugar tenemos *el objeto*, que es otro elemento de la obligación, *está constituido por la conducta o comportamiento que el deudor debe observar a favor del acreedor* y puede consistir en un ***dare, facere, praestare, non facere*** o ***pati.***

El término ***dare*** se utiliza para referirse a la *transmisión del dominio de alguna cosa*, es decir, hacer al acreedor propietario de algo. En la permuta por ejm. encontramos un *dare*, ya que los contratantes se obligan a transmitir la propiedad de una cosa.

El término ***facere*** se refiere a toda conducta que consiste en un *acto positivo, un hacer*, y que no implique la transmisión de dominio de alguna cosa; es decir, que no signifique un ***dare***. Hay un ***facere*** en el contrato de prestación de servicios en el que una persona se obliga a realizar algún trabajo a favor de otra.

El término ***praestare*** se emplea para aludir al contenido de la *obligación en general*. De esta manera hablamos de la prestación, ya sea que ésta consista en un ***dare*** o en un ***facere***, pero también se utiliza ***praestare*** para referirse a algún comportamiento distinto de los anteriores, como cuando una persona se obliga a *garantizar una deuda ajena.*

Por otro lado *la conducta negativa del deudor* considerada por un ***non facere*** o ***un pati*** consiste en *un abstenerse de algo*, es decir *no hacer o tolerar algo.* Un ejemplo sería el contrato de arrendamiento en el cual el arrendador no debe obstaculizar al arrendatario en el uso de la cosa arrendada.

El objeto de la obligación debe reunir ciertos requisitos: Ha de ser *identificable*, normalmente el objeto está identificado desde que nace la obligación, pero otras veces no se identifica hasta el momento del pago como acontece con las obligaciones de género. El objeto ha de ser también *posible* desde el punto de vista legal y material. Se discute si la prestación debe ofrecer o no un *contenido económico*, las tesis en pro y en contra fueron sostenidas por SAVIGNY y IHERING.

3. VÍNCULO

El vínculo jurídico consiste en el deber del deudor de cumplir la prestación ***-debitum-***, es decir, en observar determinado comportamiento positivo o negativo desde que la obligación nace hasta que queda totalmente extinguida. *Este vínculo*

de derecho que puede generarse por diversas causas: ***el contrato, el delito, el cuasi contrato*** *y* ***el cuasi delito***, crea a favor del acreedor medios coercitivos -***actio***- para compeler al obligado al cumplimiento de la prestación, o, en su defecto a obtener de él, también coactivamente, el equivalente pecuniario.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

El derecho romano no nos presenta una clasificación de las obligaciones, se limitó a reconocer diversas especies de relaciones obligatorias, a las que dotaba de una ***actio*** para que fuera exigible su cumplimiento.

Para ofrecer un cuadro de las distintas clases de obligaciones que tuvieron cabida en el derecho romano, de acuerdo a los elementos que las integran, *se pueden dividir las obligaciones de acuerdo con el vínculo jurídico, según los sujetos que la componen y conforme al objeto o prestación.*

A. CLASIFICACIÓN SEGÚN EL VÍNCULO

Según fuera la eficacia del ***vinculum iuris***, las obligaciones se clasifican en ***civiles*** y ***naturales***, y atendiendo al derecho que les había dado origen, en ***civiles*** y ***honorarias***.

1. OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES

Obligaciones Civiles.- Eran todas las obligaciones a las que el ordenamiento jurídico daba una ***actio*** como medio para que el acreedor pudiera exigir del deudor el cumplimiento de la prestación debida. *La obligación civil era la* ***obligatio*** *en sentido estricto de la palabra*, porque la relación que ella creaba entre los sujetos que la integran debía contar con la protección procesal, para que se considere como un derecho subjetivo[458].

Obligaciones Neturales.- JULIANO, viene a definir a las obligaciones naturales como las que sin estar sancionadas por una acción pueden ser objeto de un pago válido[459].

---

[458] MONTES, Ángel Cristóbal; "***Curso de Derecho Romano***", Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, pg. 18. Afirma que: La doctrina romana clásica empleó los términos ***obligatio*** y ***obligare*** circunscritos exclusivamente al campo de aplicación del ***ius civile***; en caso de incumplimiento el derecho reconoce al acreedor una ***actio in personam***. El concepto técnico de *obligare* pertenece a otra esfera del ***ius civile***, quedando excluidas las obligaciones sancionadas por el pretor.

[459] PANERO GUTIERREZ, Ricardo; *Derecho Romano*, Editora TIRANT LO LANCH, Valencia,1997, pg. 509.

Naturalis obligatio-, Existían junto a las obligaciones civiles, que como antítesis de éstas, *las obligaciones naturales, estaban desprovistas de acción* y por ende carecían del medio jurídico por el cual el acreedor pudiera exigir judicialmente el pago de la deuda. La falta de tutela procesal no significaba que las obligaciones naturales no produjeran otros efectos jurídicos de importancia. Tal el derecho del acreedor de retener lo que el deudor le hubiese pagado (***solutio retentio***) y de hacer valer una ***excepción*** cuando el deudor de la obligación natural hubiera cumplido con la prestación debida y pretendiera repetir lo pagado (***condictio indebiti***) alegando que no estaba civilmente obligado.

En materia de obligaciones naturales, en la legislación romana, ni aún en el derecho justinianeo se llegó a una doctrina general y uniforme, además de los dos principales efectos señalados, que podemos llamar secundarios, se cuentan los siguientes: el crédito natural podía oponerse en compensación a la deuda civil; la obligación natural era susceptible de convertirse en civil por novación; podía ser garantizada por fianza, prenda o hipoteca; por fin era tomada en cuenta en el cómputo del pasivo de la herencia o del peculio.

Las fuentes romanas ofrecen numerosos casos de obligaciones naturales. Entre los más típicos se presentan los siguientes: las *obligaciones contraídas por el esclavo*, que por considerarse como una cosa, no se obliga civilmente; *las creadas por personas sometidas a la misma potestad*, esto es, entre los ***filiifamilias*** y entre éstos y el *pater*, ***salvo cuando se tratara de peculios*** sustraídos a su dominio, como el *castrense*, el ***cuasicastrense*** y el *adventicio*; las obligaciones extinguidas civilmente por el efecto novatorio de la ***litis contestatio***; también las extinguidas por ***capitis deminutio***; las obligaciones contraídas por los pupilos sin la ***auctoritas tutoris***, las nacidas de simples pactos (*nuda pacta*); y las obligaciones contraídas por un hijo de familia contrariando la disposición del ***Senadoconsulto Macedoniano***, que prohibía conceder préstamos a los ***filiifamilias***.

El derecho romano de la época justinianea reconoció, junto a las obligaciones naturales, *otras relaciones fundadas en razones religiosas, de moral, de piedad* o *de buenas costumbres*, y que los compiladores llamaron ***deudas naturales* u *obligaciones impropias***. Este grupo especial de obligaciones daba lugar, como en las obligaciones naturales, a la ***solutio retentio***, porque si eran cumplidas espontáneamente por el deudor, éste no podía perseguir la restitución de lo pagado. **Entre los supuestos más importantes se cuentan los siguientes**: La *prestación de alimentos a ciertos parientes*, cuando no se estaba obligado a ello civilmente; la *prestación de* ***operae*** *al patrono*, sin que hubiera mediado promesa (***peomissio iurata***); el *pago de los gastos hechos para el funeral de un pariente* y el realizado por la madre para rescatar a un hijo de la esclavitud.

2. OBLIGACIONES CIVILES Y HONORARIAS

Atendiendo al derecho del cual provienen, pueden clasificarse las obligaciones en civiles y honorarias o pretorianas.

Obligaciones civiles, son las sancionadas por una **acción nacida del ius civile. Obligaciones honorarias o pretorianas**, contaban con una **actio creada por el pretor**. Para los clásicos son obligaciones únicamente aquellas que se encuentran recogidas y amparadas por el ***ius civile.***

Superada la distinción entre el ***ius civile*** y el ***ius honorarium*** en la época de Justiniano, carece de sentido práctico hablar de estos dos tipos de obligaciones. Sin embargo, los compiladores justinianeos mantienen para las relaciones obligatorias de creación pretoria la denominación de obligaciones ya que de hecho no se diferenciaban de las designadas con ese nombre por el ***ius civile.***

B. CLASIFICACIÓN SEGÚN LOS SUJETOS

En atención a los sujetos de la relación, las obligaciones pueden agruparse en tres especies: *obligaciones de sujetos fijos y determinados*; *de sujetos variables o indeterminados, llamadas obligaciones ambulatorias y de sujetos múltiples.*

1. OBLIGACIONES DE SUJETOS FIJOS O DETERMINADOS

Es el caso normal que se presenta en las relaciones obligacionales en que los sujetos que las integran están determinados desde que la obligación se genera hasta que cesa, de manera que el vínculo jurídico unirá a un acreedor y a un deudor fijo e individualmente determinado, que no variará mientras la relación no concluya, ejm. **Ticio** *se obliga a pagar a Sempronio cien escudos.*

2. OBLIGACIONES DE SUJETOS VARIABLES O AMBULATORIAS

Por lo general la obligación se establece entre sujetos individualmente determinados desde un principio. Pero existen obligaciones en las que ya sea el acreedor, ya sea el deudor o ambos a la vez, no estén individualizados al momento de constituirse la obligación y las calidades de acreedor y deudor recaigan sobre las personas que se encuentren en determinada situación. *Estas son las obligaciones ambulatorias que presentan los siguientes casos:*

a) La obligación de pagar los daños causados por un animal, un esclavo o un hijo, *a cargo de quien sea el* ***dominus*** cuando el perjudicado ejerza la acción correspondiente (Gayo, IV, 77; Inst. 4, 8, 5; Ulpiano, D. 9, 1, 1, 12).

b) La obligación de pagar que tiene el propietario, el enfiteuta o el superficiario de *pagar los impuestos vencidos*, aun cuando la falta de pago se deba a otras personas; es decir, a aquéllas que con anterioridad tuvieron dichos títulos (Papirio Justo, D. 39, 4, 7).

c) *La obligación de restituir lo adquirido con violencia*, que corresponde a cualquiera que haya obtenido en provecho o que tenga la cosa en su poder (Ulpiano, D. 4, 2, 9, 8).
d) *La obligación de reparar el muro* a cargo de quien sea dueño del inmueble sirviente en el momento de ser pedida la reparación. En este caso, también puede estar incierto el acreedor, que será quienquiera que sea el propietario del edificio dominante en dicho momento, (Ulpiano, D. 8, 5, 6, 2).

Las obligaciones ambulatorias también han sido designadas por los intérpretes con el nombre de ***obligaciones propter rem***, por estar amparadas por una ***actio in rem scripta***, que se dirigen en contra de la persona que tenga el carácter de deudor al tiempo de intentarse la acción.

3. OBLIGACIONES DE SUJETOS MÚLTIPLES

Por lo común las obligaciones se constituyen entre un solo acreedor y un solo deudor. Sin embargo, *hay casos de obligaciones múltiples o de pluralidad de sujetos*, en las que la relación se forma entre varios sujetos, sean los acreedores, los deudores, o ambos a la vez. En esta clase de obligaciones pueden presentarse *tres modalidades: las obligaciones parciarias, mancomunadas o a prorrata; cumulativas y las solidarias o correales*[460].

3.1. OBLIGACIONES PARCIARIAS, MANCOMUNADAS O A PRORRATA

De ordinario la obligación se establece entre un solo acreedor y un solo deudor; sin embargo hay casos de obligaciones en los que encontramos una pluralidad de sujetos, ya sea que existan varios acreedores o varios deudores o varios acreedores o varios deudores a la vez, *la pluralidad de sujetos se presenta tanto en las obligaciones mancomunadas como en las correales o solidarias.*

En las *obligaciones parciarias, mancomunadas* o *a prorrata* cada uno de los sujetos tiene derecho solamente a una parte del crédito, en el caso de que existan varios acreedores; cada deudor sólo deberá pagar una parte de la deuda, si es que existen varios deudores.

En estas obligaciones, había tantas obligaciones *autónomas fraccionadas* cuantos eran los acreedores o los deudores, situación que traía aparejada la *divisibilidad de la prestación.*

3.2. OBLIGACIONES CUMULATIVAS

Eran las obligaciones en las cuales cada uno de los acreedores podría pretender por entero la prestación, sin que el pago realizado a uno liberase al deudor respecto

[460] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 258 a 263.

de los otros acreedores, por lo cual cada uno de los deudores estaba obligado a cumplir en la totalidad sin que ello liberase a los otros deudores. ***Existía en realidad una pluralidad de obligaciones***, las cuales antes que fraccionarse, como en las *parciarias*, se *acumulaban*. Ejemplo de estas obligaciones: tenemos en el caso de que *una persona que vende la misma cosa a varios individuos*, supuesto en el cual *resulta obligada por la entera prestación hacia cada uno de los compradores* o *cuando el testador lega el mismo bien a varios sujetos*, lo que hace que el heredero quede obligado a entregar a cada legatario igual prestación.

3.3. OBLIGACIONES CORREALES O SOLIDARIAS

Estas obligaciones tienen *pluralidad de sujetos* -acreedores o deudores- y *objeto verdaderamente idéntico* y *único*, en las que cada uno de los varios deudores está obligado a cumplir o cada uno de los varios acreedores tiene derecho a exigir la total prestación, la que satisfecha por uno de aquéllos o pagada a uno de éstos, disuelve la obligación respecto de todos los demás. En estas obligaciones que se dan por el total (***in solidum***) cada uno de los acreedores y de los deudores, puede presentarse la *solidaridad activa*, cuando la pluralidad está en los acreedores, la *pluralidad pasiva* si los varios son los deudores, y la *pluralidad mixta* cuando la pluralidad se presenta en ambos sujetos[461].

También se podía lograr el reembolso por medio del beneficio de *cesión de acciones* (***beneficium cedendarum actionum***), que se otorgaba en determinados casos al deudor que había hecho el pago, quien obtenía del acreedor que lo había recibido, la cesión de su derecho de crédito, convirtiéndose así en acreedor de los antiguos codeudores. En el derecho justinianeo se amplía esta *cesión forzosa* y aparece además una *acción de reembolso* o *de regreso*, considerada como una consecuencia de la solidaridad e independiente de la cesión.

La solidaridad debía manifestarse en forma expresa; de no ser así, la obligación se consideraría como mancomunada[462].

El derecho romano admitió como *fuente de la solidaridad*: *el acuerdo de voluntades de las partes, el testamento y la ley.*

a) ***Por acuerdo de voluntades,*** es decir por contrato (***ex contractu***), tuvo su más frecuente forma de hacerse efectiva en la ***stipulatio***, *contrato verbal y solemne, de derecho estricto*, por medio del cual varios deudores prometían realizar una misma prestación a favor de un acreedor o varios acreedores se hacían prometer por un deudor al cumplimiento de la mis-

[461] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 259.
[462] Ver artículo 1183 del Código Civil Peruano.

ma prestación. Surgía la *obligación solidaria activa* cuando después de la pregunta de todos los *estipulantes* (acreedores), respondía el *promitente* (deudor) con una única respuesta: ***spondeo*** (lo prometo); mientras que la *obligación solidaria pasiva* nacía cuando el estipulante se dirigía a cada uno de los promitentes, los cuales respondían separadamente ***spondeo*** o a la vez, ***spondemus***. **En el derecho clásico, la *stipulatio* fue el medio común de generar la solidaridad**, *pero llegó a admitirse más adelante que pudiera provenir también de contratos consensuales y de contratos reales a excepción del mutuo.*

b) ***El Testamento***, fue otra fuente de las obligaciones solidarias, dando lugar a la *solidaridad activa* cuando contenía un ***legado per damnationem*** que sólo quedaba la *obligación de cumplir la manda a cargo del heredero a favor de varios legatarios* y la *solidaridad pasiva* cuando *imponía la misma prestación a dos o más herederos indicados alternativamente.*

c) ***Por Imperio de la Ley*** (***ex lege***). Según las fuentes romanas había solidaridad legal en la obligación de reparar el daño resultante de un hecho ilícito cometido por varios autores o en perjuicio de varios sujetos; en la responsabilidad que asumen los cotutores o cocuradores frente al pupilo por su gestión; en las obligaciones de los fiadores por la garantía contraída en común y en los banqueros (***argentarii***) por los depósitos efectuados por los clientes.

Las obligaciones solidarias o correales creaban relaciones jurídicas entre los acreedores y los deudores, pudiendo presentarse **tres hipótesis** distintas: *varios acreedores correales frente a un deudor común; varios deudores correales con respecto a un acreedor común y varios acreedores frente a varios deudores.*

En el Primer Supuesto.- *Varios acreedores solidarios de un deudor común-* Cada uno de aquéllos podía exigir del deudor el total cumplimiento de la obligación y a su vez éste podía pagar a cualquiera de los acreedores. El pago hecho por el deudor al acreedor que hubiere elegido extinguía la obligación respecto de todos los demás.

En el Segundo supuesto.- *Varios deudores correales de un solo acreedor-*, éste podía exigir el pago total de la deuda a cualquiera de los deudores. Satisfecha la deuda por uno de los deudores la obligación se extinguía respecto de todos los demás, puesto que siendo el único objeto de la obligación correal, una vez que se la hubiera satisfecho por uno de los deudores, cesaban las relaciones jurídicas que la obligación engendrara.

En el Tercer Supuesto.- *Varios acreedores solidarios respecto de varios deudores-*, cada uno de aquéllos podía exigir a cualquiera de los codeudores el total

cumplimiento de la obligación y, a su vez, cualquiera de los codeudores podría pagar al acreedor que eligiera.

C. CLASIFICACIÓN SEGÚN EL OBJETO

En atención al objeto o prestación, las obligaciones se clasifican en: *divisibles e indivisibles, específicas y genéricas y alternativas y facultativas*[463].

1. OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Son *obligaciones divisibles* aquellas cuya prestación es de tal naturaleza, que se les puede cumplir o ejecutar por porciones o por partes sin que por ello se altere su esencia o su valor. Caso contrario, la obligación es indivisible.

Si el objeto de la obligación es entregar una suma de dinero, por ejemplo mil sestercios, la obligación es divisible, ya que la prestación puede dividirse en fracciones materiales y habiendo varios deudores se puede exigir a cada uno de ellos una parte de la cantidad debida. Pero si el objeto o prestación consiste en la ejecución o no ejecución de un hecho, por ejemplo la obligación del arrendador de procurar al arrendatario el tranquilo uso y goce de la cosa dada en arriendo, la obligación es indivisible, porque ese hecho no puede dividirse en partes materiales y, por consiguiente, si hay varios arrendadores todos y cada uno de ellos tienen que responder del hecho debido.

*En el derecho romano tenían carácter divisible las obligaciones cuya prestación consistía en **un dare**,* ya que la propiedad y los demás derechos reales podían constituirse ***pro parte***. Por tanto, era dable constituir pro parte un derecho de propiedad, de enfiteusis, de prenda o hipoteca. Sin embargo, las servidumbres, por importar un uso restringido de la cosa, sin facultad de gozar de los frutos o del valor de cambio, eran todas indivisibles, a excepción del usufructo. Contrariamente, las obligaciones en que la prestación consistía en ***un facere**, eran, por principio indivisibles*, porque no se puede considerar susceptible de división la actividad del hombre dirigida a la realización de una obra (***opus***), ya que una parte no es la obra, ni puede tener el mismo carácter ni el mismo valor del todo.

2. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS Y GENÉRICAS

Las obligaciones que tenían por objeto la prestación de una cosa individualmente determinada (***species***), como tal esclavo o tal fundo eran llamadas en las fuentes *obligaciones de especie* o *específicas* (***obligatio speciei***). Esta clase de relaciones obligacionales tenía la característica de que si la cosa que constituía la prestación llegaba a perecer por caso fortuito, la obligación se extinguía, *por apli-*

[463] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 263 a 266.

cación del principio de que la especie perece para el acreedor (***species perite ei cui debetur***) (Inst. 3, 23, 3).

En oposición a las obligaciones de especies, los romanos conocieron las llamadas *obligaciones genéricas* (***obligatio generis***), que eran aquellas en que el objeto de la prestación era determinado únicamente en su género (***genus***), prescindiendo de su individualidad, como, por ejemplo un esclavo cualquiera o una cosa fungible.

La elección del objeto que debía entregarse por principio correspondía al deudor. En el derecho justinianeo no fue permitido elegir el objeto de peor calidad, como tampoco si la elección correspondía al acreedor, podía exigir la entrega del mejor. Por ello se estableció la regla de que el objeto exigido debía ser de calidad media (***mediae aestimationis***).

Las obligaciones genéricas no se extinguen por perecimiento fortuito del objeto. Operaba al respecto el *principio de que el género nunca perece* (***genus perire non censetur***) y por ello quedaba siempre la posibilidad de elección entre los objetos que integraban el ***genus***, a no ser que éste fuera muy limitado o se destruyeran las cosas que lo formaban.

3. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS

Se califican de ***alternativas*** las obligaciones en que el deudor tiene que cumplir *una sola prestación* entre dos o más disyuntivamente indicadas. Los términos indicativos de los objetos se hallan gramaticalmente unidos por la *conjunción disyuntiva* ***aut***, o cualquier otra equivalente, con lo cual se expresaba el carácter alternativo de la obligación.

La elección del objeto de la obligación correspondía al deudor, pero podía convenirse en que la hiciera el acreedor. *Antes de hacerse la elección por cualquiera de los sujetos, todos los objetos eran materia de la obligación.*

Cuando la elección entre varios objetos correspondía *al deudor*, éste tenía la facultad de cambiar de opinión, es decir, de rectificar la elección del objeto (***ius variandi***) hasta el momento del pago efectivo. *Si la elección correspondía al acreedor*, éste podía ejercitar el ***ius variandi*** hasta la ***litis contestatio*** en el derecho clásico, o hasta que hubiera reclamado judicialmente uno de los objetos alternativamente debidos en el derecho justinianeo.

Distintas de las obligaciones alternativas eran las llamadas ***obligaciones facultativas***, en las que recayendo la prestación sobre un objeto determinado, *cabía al deudor la facultad de liberarse entregando otro objeto que no fuera el debido.* Así, el amo cuyo esclavo hubiera cometido un delito estaba obligado a resarcir pecuniariamente el daño causado a la víctima, pero tenía la facultad de liberarse entregando el esclavo (***noxae deditio***).

Había *diferencias sustanciales entre las obligaciones alternativas y facultativas.* *En las primeras* todos y cada uno de los objetos estaban afectados a ella mientras no se hiciera la elección por el sujeto a quien competía, *mientras que en las obligaciones facultativas* el objeto propio de ellas era el principalmente debido, no aquél con que el deudor se hubiera reservado la facultad de pagar. ***Se decía que en las obligaciones alternativas todos los objetos se hallaban in obligatione,*** en tanto que **en las *obligaciones facultativas sólo estaba in obligatione el objeto principalmente debido,*** porque aquél con que el deudor se reservaba la facultad de pagar se encontraba ***in facultate solutionis.*** El acreedor tratándose de *obligaciones facultativas,* no podía, pues, en ningún caso pedir una cualquiera de las dos prestaciones, sino únicamente la que era objeto directo y propio de la obligación.

De las diferencias anotadas surgen otras consecuencias no menos importantes. Así, cuando ***en las obligaciones alternativas*** perecía antes de la elección uno de los objetos debidos, la obligación subsistía sobre los restantes, en tanto que *en las obligaciones facultativas si* ***la cosa in obligatione*** *perecía,* la obligación no podía mantener vigor respecto de la que estaba ***in facultate solutionis,*** ya que la obligación había quedado extinguida en su objeto propio. De la misma manera si la obligación alternativa era nula por imposibilidad u otro defecto inherente a uno de sus objetos, no por ello era nula, en lo referente a los demás, puesto que *todos ellos se encontraban* ***in obligatione.*** Pero si la obligación facultativa era nula por defecto o vicio de la prestación debida, no podía subsistir como válida respecto de la que se hallaba ***in faultate solutionis.***

D. OTRAS CLASIFICACIONES

a) ***Por la naturaleza de la prestación*** .- Se clasifican en obligaciones de ***dare, facere*** y ***praestare,*** según las obligaciones tengan por objeto la transmisión de la propiedad sobre una cosa, la realización de un hecho o la entrega de un bien, con una finalidad que no sea la de transmitir la propiedad.

b ***Por el sentido de la prestación.***- Se clasifican en ***positivas*** o ***negativas,*** según la prestación consista en la realización de un hecho o de una abstención.

c) ***Por su temporaneidad.***- Se dividen en ***transitorias*** y ***continuas,*** cuando consisten en una actividad del deudor, ya sea pasajera o continua.

d) ***Por su interpretación.***- Son ***simples*** y ***compuestas,*** según tengan una o varias prestaciones[464].

---

[464] MONTOYA GÓMEZ, Mario; *De las Obligaciones en el Derecho Romano,* Aditorial TAMIS, Bogotá, 1973, pg. 27.

CAPÍTULO II
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

1. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Todo derecho surge cuando se verifica un evento o acontecimiento que el derecho objetivo considera eficaz (o eficiente para producir tal consecuencia).

Por fuentes de las obligaciones en la expresión romana, ***causae obligationum***, hemos de entender aquellos hechos jurídicos (***lato sensu***) que colocan a dos personas, entre sí, en la situación de acreedor y deudor; o, lo que es lo mismo, aquellos hechos jurídicos que constituyen el presupuesto, o de donde puede derivarse un vínculo jurídico obligacional (obligación)[465].

Normalmente, todos los hechos jurídicos generadores de obligaciones son hechos informados por voluntad del hombre, es decir, actos jurídicos (hechos jurídicos voluntarios).

Pero, a su vez, hemos de distinguir dentro de los actos jurídicos: los actos jurídicos lícitos y los actos jurídicos ilícitos.

Por fin, hay casos en que las obligaciones surgen de *hechos jurídicos puros y simples* (***stricto sensu***), desprovistos por completo del elemento intencional o de voluntariedad o, como suele decirse de la ley.

Históricamente parece ser que hay que buscar el origen remoto de la obligación en las relaciones entre grupos, relaciones que, ora serían pacíficas, ora guerreras; incluso, puede encontrarse en dichos dos tipos de relaciones entre los grupos políticos el precedente ancestral de las dos fuentes típicas generadoras de obligaciones entre los particulares: ***el contrato y el delito***[466].

---

[465] MONTES, Ángel Cristóbal; Curso de Derecho Romano, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, pg. 133.

[466] MONTES, Ángel Cristóbal; op. cit. pg. 134.

1.1. CLASIFICACIÓN DE LAS "INSTITUCIONES" DE GAYO

GAYO, en sus ***Instituciones*** *señala que toda obligación, o nace de un contrato* (***ex contractu nascitur***) *o nace de un delito* (***ex delicto***) Gayo. III, 88. Entendiendo por contrato el acuerdo de voluntades sancionado por el derecho civil, pudiéndose manifestar estas voluntades mediante palabras (***verbis***), por escrito (***litteris***), por entrega de una cosa (***re***) o por medio del consentimiento (***consensu***) Gayo. III, 89.

Precisada la noción de ***contractus***, advertimos ahora que *hay actos lícitos que no se fundan en el acuerdo*, y crean, sin embargo, un vínculo obligatorio. Nos lo pone de manifiesto el propio GAYO, a propósito del pago indebido -***indebiti solutio***.

Por lo que se refiere a las *obligaciones que nacen del delito* (***ex delicto***), tales como la de quien hiciera un "***furtum***", la de quien arrebata violentamente los bienes (***rapiña***), las de quien causara un daño, la de quien cometiera una "***iniuria***". Todas ellas forman un género único de obligación, mientras que las obligaciones nacidas de un contrato (***ex contractu***) se agrupan en cuatro géneros, tal como se ha expuesto líneas arriba Gayo. III, 182.

1.2. CLASIFICACIÓN DE LOS "LIBRI RERUM COTTIDIANARUM SIVE AUREORUM"

En los *libri rerum cottidianarum sive aureorum* se da una clasificación trimembre de las ***causae obligationum***: "***Obligationes aut es contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris***".

Cuestión grave es la del origen histórico de esta división tripartita: ***contractus, delictum, variae causarum fugurae.*** La doctrina se inclina hoy por creer que tal división no es clásica, y que las "***Res cottidianae***" no pertenece a GAYO.

La gravedad de la cuestión no estriba tanto en el aspecto formal de las ***Res cottidianae***, cuanto en averiguar si éstas albergan un patrimonio de ideas cuya raíz cordial arranca de los clásicos, o bien si son fruto de manos postclásicas, puestas a trabajar con conceptos y significados que, siendo hijos de la nueva época, sólo a ella interesan dogmáticamente.

Los postclásicos crean la categoría del ***cuasi-contrato***, que es comprensiva de figuras heterogéneas. Tal creación dimana de una actividad sistematizadora, pero se apoya en un sustrato histórico: en aquella aplicación analógica que llevaron a cabo los clásicos, a impulsos de una obra de justicia y no dialéctica.

La aplicación análoga descubre en un determinado contrato un elemento típico, proyectándolo a un determinado acto no contractual. El particular con-

trato y el particular acto no contractual son siempre desemejantes, porque sólo el primero presupone el acuerdo de voluntades, pero el segundo presenta un elemento que contiene el primero. Así resulta, por ejm. ***el paralelismo entre mutuo*** y ***solutio indebiti***, que se explica por la ***datio***.

Fuera de este campo, las cosas ocurren de otro modo. La categoría postclásica del ***cuasi-delito*** está integrada por *actos ilícitos de origen pretorio*. Y, ciertamente, ninguno de tales actos es análogo, en el sentido dicho, a ninguno de los delitos. En ningún cuasi-delito se encuentra un elemento que, descubriéndose también en un particular ***delictum***, sirve para atraerlo al cuadro de obligaciones. *Delitos y cuasi-delitos tienen como única nota común la de acarrear una pena pecuniaria*[467].

1.3. CLASIFICACIÓN JUSTINIANEA

Otro jurisconsulto, MODESTINO, nos habla también de aquellos actos que traen como consecuencia obligaciones y así, afirma que se pueden contraer "por recibir una cosa, o por unas palabras, o por las dos cosas a la vez, o por el consentimiento, o por la ley, o por el derecho pretorio, o por necesidad, o por cometer una falta" D. 44, 7, 52.

Ya en las ***Instituciones*** de JUSTINIANO, encontramos una verdadera sistematización en la clasificación de las fuentes de las obligaciones, las cuales son agrupadas en cuatro grandes categorías: "*Las obligaciones o nacen de un contrato o de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito*" ("***Sequens divisio in quatuor species deducitur; aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu; aut ex maleficio aut quasi ex maleficio***"). Inst. 3, 13, 2.

Afirmando que **el contrato** requiere la ***conventio***, no entrarán en esta categoría los actos lícitos que carezcan de tal elemento. A falta de una definición segura de los **cuasi contratos**, se considera que es su nota común *la falta del acto bilateral tendente a crear un vínculo obligatorio*.

Esta clasificación justinianea señala de forma definitiva cuales son las principales fuentes de las obligaciones, pero adolece del defecto de que dentro de ellas no quedan comprometidos todos los hechos que pueden dar origen a una obligación, hechos que por ningún motivo fueron desconocidos por JUSTINIANO y que fue enumerando a lo largo de su obra.

Siguiendo la clasificación justinianea, se entiende por:

1. ***Contrato***.- El acuerdo de voluntades entre varias personas que tiene por objeto producir obligaciones civiles.

---

[467] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 354 y 355.

2. ***Cuasicontrato***.- Es esta figura muy parecida a la del contrato en cuanto produce consecuencias semejantes a él, pero nos encontramos con que *carece de uno de los elementos esenciales de todo contrato; esto es el consentimiento de los sujetos.*
3. ***Delito***.- Es un hecho contrario al derecho y castigado por la ley[468].
4. ***Cuasidelito***.- Es un hecho ilícito no clasificado entre los delitos.

La doctrina postclásica y el Derecho justinianeo acumulan bajo el nombre de obligaciones ***quasi ex delito*** o ***quasi ex maleficio*** *ciertos actos ilícitos que antes fueron objeto de sanción pretoria.* Si tal es su entronque, resulta dudoso el fundamento justinianeo del cuasi-delito. Es opinión corriente la de que delito y cuasi delito presuponen el acto doloso y el acto culposo[469].

2. OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Independientemente de la clasificación anterior, de la obra de Justiniano, también se reconoce como fuentes de las obligaciones:

A. PACTOS. Se entiende por pacto el hecho de que dos o más personas se ponen de acuerdo respecto de un objeto determinado *sin existir ninguna formalidad* de por medio, teniendo que distinguir entre:

a. ***Pactos Nudos.***

b. ***Pactos Vestidos.***

Pactos nudos son aquellos que producían *obligaciones de carácter natural* y *no se encuentran protegidos por ninguna acción*, aunque debemos tener presente que estos pactos sí podían dar lugar a una *excepción* que equivalía a un primer paso para lograr la protección procesal.

Los pactos vestidos son aquellos pactos que *si gozan de una acción* para su protección jurídica; entre ellos es posible distinguir tres categorías:

a. Pactos adyectos.
b. Pactos pretorios, y
c. Pactos legítimos.

---

[468] Para **Eugenio Cuello Calón**, delito es: la acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena.
Según **Luis Jiménez de Asua**: Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

[469] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 356.

a. ***Pactos adyectos***, se dan en aquellos casos en los cuales el *juez*, tomando en cuenta la intención de las partes, *en los contratos de buena fe* dotaba de protección procesal al pacto celebrado entre los sujetos, para modificar los efectos del contrato.

b. ***Pactos pretorios***, se dan en aquellos casos en que *el pretor* concedía protección procesal a través de acciones y excepciones a determinado pacto nudo.

c. ***Pactos legítimos***, son aquellos que se encuentran protegidos procesalmente por disposición expresa de alguna *Constitución Imperial.*

B. LA LEY. Cuando el sujeto se encuentra en el supuesto previsto por determinada disposición legal, tiene forzosa y necesariamente la obligación de cumplir con lo señalado por el ordenamiento, *como en el caso de las obligaciones que derivan de la paternidad.*

C. **LA SENTENCIA.** Desde el momento en que existe un litigio, las partes que en él intervienen quedan obligadas a cumplir con la sentencia que en el mismo dicte la autoridad correspondiente.

D. **DECLARACIÓN UNILATERAL.** Es aquella *promesa hecha espontánea y libremente por una persona, de forma unilateral o bien a la ciudad o bien al templo*, en cuyo caso hablamos de ***pollicitatio*** o ***votum*** respectivamente.

Capítulo III
CONTRATOS Y CUASICONTRATOS

1. CONCEPTO DE CONTRATO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

CONCEPTO DE CONTRATO.- El vocablo contrato proviene del latín "***contratus***" que significa *contraer, estrechar, unir y pactar.* El derecho romano no formuló en abstracto la teoría del contrato como lo conocemos en el derecho actual, él utilizó los contratos particulares y distinguió además las convenciones y los pactos[470]. *Para el derecho romano sólo los contratos celebrados de acuerdo a las formalidades legales estaban provistos de acción*, ya que para obligarse válidamente era necesaria la "***stipilatio***", la sola voluntad de las partes era insuficiente para ello.

Según BONFANTE podemos decir que el contrato es "*el acuerdo de dos o más personas con el fin de constituir una relación obligatoria reconocida por la ley*".

El contrato es pues una convención provista de nombre, causa y acción, constituida de acuerdo a las solemnidades del derecho civil romano.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el antiguo derecho romano *el promitente* que no cumplía con el pago *era sujeto o ligado al acreedor* por la "***manus injectio***" y vendido como esclavo, es

---

[470] **La convención** (***conventio***) y el **pacto** (***pactum***) eran para los romanos términos equivalentes y genéricos, empleados para designar el acuerdo de voluntades de dos o más personas sobre una cuestión cualquiera. La *convención* producía consecuencias en el área del derecho cuando recaía sobre un interés jurídico y como tal daba nacimiento, modificaba o extinguía un derecho. Constituía el género respecto del contrato, el que, cualquiera que fuera su forma de celebración, era un negocio jurídico destinado a crear relaciones obligacionales.
El vocablo *pacto* que aparece como sinónimo de *convención* se usaba para designar aquellas relaciones que se diferenciaban del contrato *por carecer de acción* (***ex nudo pacto actionem non nasci***) (D. 2, 14, 7, 4).

decir, existía una ***garantía tácita con el cuerpo físico***, se distinguía la deuda de la garantía, *la deuda* es el dinero por ejemplo y *la garantía* el cuerpo. El *primer contrato*, incluso anterior a la Lay de las XII Tablas fue el "***nexum***", acto "***per aes et libram***", por el cual el deudor quedaba ligado físicamente al acreedor si no pagaba la deuda. La pura convención o el pacto no engendraban obligaciones jurídicas. Más tarde aparece el contrato verbal de la "***sponsio***" y luego la "***stipulatio***" *como consecuencia del desarrollo comercial el pretor reconoció acciones a ciertos contratos del "**ius gentium**" como los reales y consensuales.*

Las Institutas *de* GAYO, recogiendo este proceso de evolución del contrato, los *clasifican en reales, verbales, literales y consensuales* (***et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur, Harum autem quattour genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensus***) (Gayo, III, 19); la entrega de la cosa "***re***"; el pronunciamiento de palabras sacramentales "***verbis***"; el registro de libros "***litteris***"; y el consentimiento de las partes "***consensus***". Poco a poco se establecen los requisitos para definir el contrato: el "***consensus***", con destino a crear obligaciones, con un nombre propio que lo diferencie de otros actos y por último que esté protegido por una ***actio***. Por razones de equidad LABEÓN ***inició en el Imperio la doctrina de los contratos innominados*** y en esa época aparece la protección judicial de ciertos pactos.

2. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

SISTEMA CONTRACTUAL ROMANO

Si bien los contratos del derecho civil y del derecho de gentes se reducían a las categorías señaladas por las ***Institutas*** de GAYO, esto es, a los contratos ***verbis, litteris, re*** y ***consensu***, la evolución del derecho romano permitió ampliar su sistema contractual al admitir otras figuras que no entraban en el catálogo recogido por el derecho clásico.

De esta manera el **contrato romano**, *convención dotada de una causa civilis y de una actio* que le daba eficacia obligatoria se diversificó en **distintos tipos**: ***los contratos formales, los contratos reales, los contratos consensuales*** **y** ***los contratos innominados.***

Entre los **contratos formales**, que se caracterizaban porque la ***causa civilis*** consistía en una ***solemnidad formal***, se contaban los antiguos medios de contratar, como fueron ***el nexum*** y ***la sponsio***, los **contratos de carácter oral** (***verbis***) como ***la stipulatio, la dotis dictio*** y ***el iusiurandum liberti***, y los **contratos de carácter escrito** como ***la nomina transcriticia, los chirographa*** y ***los syngrapha.***

Entre los **contratos reales** (*re*), en los que *la* ***causa civilis*** consistía en la *entrega de una cosa* (***datio rei***) se agrupaban: **el mutuo o préstamo de consumo, el comodato o préstamo de uso, el depósito y la prenda.**

Integraban la nómina de **los contratos consensuales** (***solo consensu***), aquellos que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes sin necesidad de ningún otro elemento o requisito, **la compraventa, la locación o arrendamiento, la sociedad y el mandato.**

Los contratos innominados, en los que una de las partes realizaba una prestación para obtener a cambio otra, podía tener diversas formas, que el jurisconsulto PAULO redujo a cuatro relaciones: Doy para que des -***Do ut des***-; doy para que hagas -***Do ut facias***-; Hago para que des -***Facio ut des***, y Hago para que hagas -***Facio ut facias***-.

Llegaron también a formar parte del sistema contractual romano **los pactos**, que fueron convenciones desprovistas de otro requisito que el concurso de voluntades de los sujetos. Se distinguieron entre ellos, los *pactos vestidos* -**pacta vestita**-, que estaban dotados de una ***actio***, ya por ir agregados a ciertos contratos -***pacta adiecta***-, en especial la compraventa, ya que por disposición del pretor -***pacta praetoria***-, ya por disposición de los emperadores -***pacta legitima***-, y los **pactos desnudos** -***nuda pacta***, los cuales *carecían de acción para exigir su cumplimiento.*

Clasificación de los Contratos

Para clasificar los contratos se tendrá en cuenta *diversos criterios*. Por tal razón un contrato en particular encaja dentro de varios de ellos.

a) De este modo es posible efectuar una primera clasificación en ***contratos nominados*** y ***contratos innominados.***

   Contratos nominados, son aquellos que *tienen nombre específico y particular* confirmado por el derecho, por ejm. *mutuo, depósito, compraventa*, etc., y tienen, cada uno, *acciones específicas*, individualmente denominadas que los tutelan.

   Contratos innominados, eran aquellos que *no formaban parte de los clásicos contratos nominados* del derecho romano. El término podía referirse a cualquier convención que quedara fuera de este grupo, pero por sus consecuencias se han reducido a cuatro clases: ***do ut des, do ut facias, facio ut des*** *et* ***facio ut facias.***

b) **Los contratos nominados**, a su vez, y *atendiendo a la forma* en que se perfeccionan se clasifican en: verbales (***verbis***), escritos (***litteris***), reales (***re***) y consensuales (***consensu***).

Contrato verbal. Se perfecciona por la formulación de determinadas *palabras*, por ejemplo: ***la stipulatio.***

Contrato escrito. Se perfecciona por el uso de la *escritura*. En este tipo de contrato tendrán que distinguirse dos épocas: en su *forma arcaica*, como por ejemplo ***la nomina transcripticia***, y posteriormente ***los singrafos*** y ***los quirógrafos.***

Contrato real. Se perfecciona por la *entrega de la cosa*, por ejemplo ***mutuo*** y ***depósito.***

Contrato consensual. Es aquél cuyo perfeccionamiento depende única y exclusivamente *del simple consentimiento de las partes*. Este consentimiento puede recaer sobre *cualidades del objeto* materia del contrato, y así nos encontraríamos ante un contrato consensual de tipo ***intuito rei***, o bien sobre las *cualidades de la persona* que realiza la actividad en el negocio jurídico, lo que nos pondría frente a un contrato consensual de tipo ***intuito personae***, como en el caso de ***la sociedad*** y **del *mandato*.**

c) Otra forma de clasificación será *en atención a la forma de interpretación*: contrato de estricto derecho (***stricti iuris***) y de buena fe (***banae fidei***).

De Estricto Derecho. Son aquellos en los cuales debemos *ajustarnos a lo convenido* expresamente, sin posibilidad alguna de interpretación.

Contrato de Buena Fe. Serán aquellos en los cuales *se puede interpretar la intención de las partes* en atención al uso, la equidad o las especiales circunstancias de cada caso, *con criterio de discrecionalidad.*

d) De acuerdo con *los **efectos*** que van a producir sobre las partes, serán ***unilaterales*** y ***bilaterales* o *sinalagmáticos.***

Entendemos por *contrato unilateral* el que origina obligaciones para una sola de las partes. Por el contrario, será un *contrato bilateral* o *sinalagmático* cuando ambos contratantes quedan obligados recíprocamente el uno al otro.

A su vez estos contratos pueden ser divididos en ***sinalagmáticos perfectos*** e ***imperfectos.*** Son *perfectos* aquellos en que ambas partes se obligan desde la celebración del contrato, *imperfectos*, cuando una de las partes está obligada desde el principio y la obligación de la otra depende de una circunstancia posterior que puede llegar a existir o no, ejm. *deposito cuando el depositante paga gastos de conservación de la cosa.*

e) También podemos hablar de ***contratos gratuitos*** y ***onerosos.***

Contrato Gratuito. Será aquél en el cual *una de las partes procura a la otra una ventaja* por la que no va a obtener ninguna remuneración.

Contrato Oneroso. Cada una de las partes se obliga a dar o hacer alguna cosa para beneficio de la otra de forma recíproca.

f) Por último también es posible considerar los contratos desde el punto de vista de si *tienen **existencia propia***, o si por el contrario, ***dependen de otro contrato***, estando entonces ante un ***contrato principal*** o ***contrato accesorio.***

Contrato Principal. Es el que subsiste por sí mismo e independientemente de cualquier otro, por ejm. ***el arrendamiento.***

Contrato Accesorio. El que funda su existencia en la de otro contrato y no puede subsistir sin él, como ***los contratos de garantía.***

3. CONTRATOS NOMINADOS

3.1. CONTRATOS VERBIS: EL NEXUM, LA SPONSIO, LA STIPULATIO, LA DOTIS DICTIO Y LA PROMISSIO IURATA LIBERTI

El elemento esencial y constitutivo de los **contratos verbales**, era el pronunciamiento de ***los verba***, palabras solemnes que debían ajustarse a los esquemas legales, alterados los cuales no nacía ninguna obligación. *Se formalizaban mediante una pregunta y una respuesta o por una declaración unilateral.*

Los contratos verbis se caracterizan por ser *esencialmente formales*, a la par que de *derecho estricto* y *unilaterales*, pues las obligaciones que creaban sólo estaban a cargo del *sujeto pasivo* de la relación.

Pertenecen a esta clase de contratos verbales los siguientes: ***los negocios per aes et libram***, la estipulación (***stipulatio***), que constituyó la obligación verbal por excelencia, la promesa de dote (***dotis dictio***), el juramento promisorio del liberto (***promissio iurata liberti***).

El nexum y **la sponsio**, son dos *antiguas formas de contratar* nacidas al amparo de las disposiciones *del derecho quiritario*, poco conocidas.

1. EL NEXUM

Es el más antiguo contrato que existió en Roma, implica el uso del ***libripens o porta balanza*** para efectuar el procedimiento "***per aes et libram***", en presencia de los contratantes y testigos. El acreedor pide al deudor conformidad con la operación pronunciando la "***nuncupatio***"[471]y éste responde en forma afirmativa,

---

[471] ***Nuncupatio*** -derecho antiguo- **nuncupación** = *palabras solemnes pronunciadas por el enajenante o el adquirente con ocasión de una **mancipatio** o por el acreedor en el contrato de **nexum*** y a las que el derecho vincula la efectividad del acto.

quedando obligado a restituir la cantidad recibida. Por ello *en su origen configura el contrato de préstamo de dinero*, con el correr del tiempo se empleó para los contratos que tuvieran por objeto un pago en dinero, constituir el deudor prenda sobre su propia persona y para garantizar el pago con los servicios del deudor o sus sometidos a potestad.

El ***nexum*** conlleva para el deudor el ejercicio por el acreedor de ***la manus injectio*** sin previo juicio en caso de incumplimiento, consiste en la figura del *encarcelamiento del deudor por sesenta días* con exhibición periódica en el mercado para tratar de ser ***reivindicado*** por un tercero "***vindex***", *finalizando el plazo podía ser muerto o vendido como esclavo*. Éste fue suprimido por la **Lex Poetelia Papiria** del año 326 a.C. que concedió *libertad a todos los* ***nexi*** considerando la obligación como una relación de carácter patrimonial, en la que *la prestación era el objeto*, y *la garantía*, no la persona física, el corpus del deudor, sino ***su patrimonio***. El *nexo* se extingue por la ***liberatio nexi*** figura *contraria al* ***nexum***.

Desaparecidos los efectos rigurosos del ***nexum***, cayó en desuso y ***fue sustituido por el mutuo***.

2. LA SPONSIO

A lado del ***nexum*** los romanos desde antiguo conocieron otra forma de crear obligaciones contractuales amparadas por el derecho quiritario: ***la sponsio*** que en un principio sólo cumplió funciones de garantía.

Como negocio jurídico **iure civil**, ***la sponsio*** estuvo reservada a los ciudadanos romanos y se celebraba oralmente, mediante una *interrogación formulada por el acreedor* con el uso de la típica fórmula: ***¿spondes?*** A lo que el deudor respondía: ***spondeo***.

Una vez pronunciadas las palabras solemnes prescritas por la ley, el vínculo obligatorio quedaba formalizado y el rigor formalista era tan absoluto, que no estaba permitido el uso de ningún otro verbo para constituir la relación obligacional de aplicación variada en la primera época, ya que ***la sponsio*** se utilizaba en relaciones jurídicas tanto de derecho público como de privado, fue cayendo en desuso, especialmente cuando el ***jus gentium*** fue introduciendo ***la stipulatio*** como la *forma oral más común* de engendrar obligaciones, sin apego a un rigorismo tan severo y con posibilidades de aplicación para los peregrinos o extranjeros.

3. LA STIPULATIO

La *stipulatio* *es una promesa oral de convertirse en deudor ante una pregunta realizada por el que va a ser acreedor*. En un principio se perfeccionó por el uso de la típica fórmula de la ***sponsio, esto es:*** **¿spondes?**, ***spondeo***. Más adelante se admitió el empleo de otros verbos como: ***¿debis?***, ***debo***; ***¿promittis?***, ***promitto***;

¿facies?, ***faciam***, etc., *llegándose a reconocer validez al uso de la* ***lengua griega****, siempre que los contratantes entendieran el mismo idioma.*

Se caracteriza este contrato por ser formal, verbal, unilateral, entre presentes, de derecho estricto y abstracto ya que no es necesario investigar la causa que mueve a las partes a contratar. La respuesta del deudor debe ser dada en forma concordante con la pregunta y en un tiempo sin interrupción notoria, de allí que *debía ser entre presentes.* JUSTINIANO *la aceptó entre ausentes cuando fuese por escrito.*

Los usos más frecuentes de la ***stiplatio*** fueron: *la estipulación de intereses, la pena convencional de forma estipulatoria* y *la fianza estipulatoria.*

En el primer supuesto, *se podían* ***fijar por medio de la stipulatio los intereses*** que el deudor debía pagar en relación con el contrato de préstamo como el *mutuo* por ejemplo. En este caso, la estipulación tendría un papel de contrato accesorio al préstamo. ***La pena convencional por medio de la estipulación*** *servía para garantizar el cumplimiento de un contrato*, conviniendo por la estipulación el pago de una cantidad, en caso contrario.

La fianza estipulatoria, era aquel contrato verbal por el cual una persona prometía pagar una deuda propia o ajena; es así que la fianza estipulatoria servía de garantía en relación con el cumplimiento de la obligación; si el deudor no pagaba, el fiador sabía pagar por él.

Las fuentes distinguieron las ***estipulaciones convencionales*** libremente concertadas por las partes, de las ***necesarias -judiciales o pretorias-***, que eran dispuestas por el juez o por el pretor como garantía contra los daños o perturbaciones. Entre éstas últimas, llamadas también ***stipulaciones cautionales* o *cautiones***, se cuentan entres otras, ***la caución de dolo -cautio doli-***, que debía dar la parte condenada a la entrega de una cosa para asegurar que dicha cosa no fuera voluntaria o maliciosamente deteriorada; **la *caución del daño inminente -cautio damni infecti-***, que se exigía al propietario de un edificio que amenazaba ruina, para garantizar al vecino el pago de los daños que pudieran surgir de su caída; etc.

El acreedor defraudado por incumplimiento de este contrato puede ejercer las siguientes acciones de cumplimiento: "***condictio certae creditae pecuniae***" si el objeto es suma de dinero, "***condictio certae rei***" si el objeto es una cosa cierta, la "***condictio triticaria***" si el objeto es cosa rural y "***actio ex stipulatu***" para cosas inciertas.

La *stipulatio* puede utilizarse también para la aplicación de la ***cláusula penal*** "***stipulatio poenae***" que sirve para asegurar el cumplimiento, evitándole al acreedor la carga de la prueba.

La estipulación cumple una función general, cual es la de servir para la formación de otros contratos y dentro de las funciones específicas podemos enumerar: hacer obligatoria la cesión de dote y la donación, novar una obligación, hacer obligatorio el pago de una multa, confirmar la existencia de codeudores solidarios, acordar intereses, pagar una deuda.

4. LA DOTIS DICTIO

Este contrato consistía en *una promesa verbal y solemne de dote* realizada unilateralmente *a favor del marido por la **mujer sui iuris***, por su deudor, por el padre (***paterfamilias***) o por un ascendiente paterno, especificando cual sería el "***cuantum***" ***de la dote***. *Aquí no hay preguntas ni respuestas, sólo el promitente habla.*

La promesa de dote puede también efectuarse por una "***stipulatio***" que se denomina "***promissio dotis***" *donde se cumple el ritual de la pregunta y respuesta* y puede ser efectuada por un tercero.

Para su perfeccionamiento se exigía el *empleo de palabras determinadas* y podía usársela para cosas muebles e inmuebles, *sin que se conozca exactamente cuáles fueron sus efectos*. También *es incierto su origen* y no se explica la causa por la que no se usó la estipulación para la constitución de la dote. Este contrato perdió vigencia en el derecho postclásico cuando una CONSTITUCIÓN DE TEODOSIO II del año 428 reconoció valor a la promesa de dote hecha por simple pacto, sin solemnidad alguna -***pactum dotis***-.

5. LA PROMISSIO IURATA LIBERTI

La declaración unilateral dada bajo fe del juramento por medio de la cual un liberto se obligaba respecto del patrón a realizar obras o prestarle determinados servicios, fue el contrato verbal llamado ***promissio iurata liberti*** o ***iusurandum liberti***.

Era el único caso por el cual como *supervivencia del antiguo derecho sagrado, surgía por el juramento una obligación civil*. Consistía en una promesa, confirmada por el juramento, por la que el esclavo manumitido se obligaba -***uno loquente***- hacía el **dominus** a ejecutar obras y servicios en retribución por la manumisión otorgada.

3.2. CONTRATOS LITTERIS O ESCRITOS: LOS NOMINA TRANSCRIPTICIA, LOS CHIROGRAPHA Y LOS SYNGRAPHA

Las convenciones que en Roma tenían como elemento esencial y constitutivo *la escritura*, esto es, se perfeccionaban por escrito, integraban la categoría de los ***contratos literales***. Los contratos ***litteris*** se caracterizaban por ser *formales, unilaterales y de derecho estricto*. Entre ellos se cuentan: ***los nomina transcripticia***, ***los chirographa*** y ***los syngrapha***.

1. NOMINA TRANSCRIPTICIA (EXPENSILATIO)

Concepto.- La fuente principal de información acerca de la ***expensilatio*** es GAYO, pero incompleta en puntos esenciales, que no se ven cubiertos por algunas referencias literarias o forenses. *En sustancia, aquél negocio consiste en generar una obligación pecuniaria por el hecho de asentar la suma a cargo del deudor en un libro de cuentas*[472].

Este original contrato literal nació en la costumbre de todos los jefes de familias romanas los ***patres familias***, desde muy antiguo *llevaban su movimiento patrimonial en dos libros de cuentas* (en tablillas de madera encerada), un libro diario tipo borrador llamado "***adversaria***" donde se anotaban los ingresos y egresos del día, luego estas anotaciones eran pasadas a un libro llamado "***codex accepti et expensi***" dividido en dos columnas, "***tabula accepti***" y "***tabula expensi***", entradas y salidas. El libro entonces es un medio de prueba de las obligaciones, pero también fue empleado para crear obligaciones.

Fueron un instrumento de novación que ofrecía, sobre la ***stipulatio***, la ventaja de no exigir la presencia de las partes. La obligación por escrito (***litteris***) es la que se constituye, por ejemplo, por medio de los "***nomina transcripticia***", los cuales se hacen de dos modos distintos: "***a re in personam***" o "***a persona in personam***" (Gayo, III, 128).

a) ***Transcriptio nomen a re in personam***.- Sirve para lograr efectos de una novación, es decir cuando se quería convertir en obligación literal una deuda nacida de otra causa (como por ejemplo la compraventa, de relaciones de sociedad), sin cambiar la persona del deudor y solamente para dar a la obligación un carácter más riguroso.

   Si **Ticio** por una deuda anterior le debe a **Marcus** 100 sestercios. **Marcus** inscribe en el "***acceptum***" el monto del precio como si, lo hubiese recibido de **Ticio**, extinguiendo así la obligación, pero al mismo tiempo inscribe en el "***expensum***" la salida de 100 sestercios para **Ticio**, queda así producida una nueva obligación, no nacida del contrato de compraventa sino del contrato "***litteris***". También mediante esta figura se convierte una obligación natural en obligación civil.

   Se hace la trascripción "***a re in personam***" cuando, por ejemplo, yo te anoto en la tabla del "***expensum***" lo que tú me debes por causa de una compra, de una donación o de una sociedad (Gayo, III, 129).

[472] GUZMÁN BRITO, Alejandro; *Derecho Privado Romano, Tomo II*, pg. 99.

b) ***Transcriptio nomen "a persona in personam".***- Acontecía cuando se cambiaba la persona del deudor transcribiéndose en las salidas una cantidad a cargo de una persona, que no era deudora del transcribiente, sino que le era delegada por el verdadero deudor; para esta operación se requería el consentimiento de aquellas dos personas.

Mediante esta figura *se logran los efectos de una novación*, pero no objetiva como la anterior, sino *subjetiva*. **Ticio** le debe a **Marcus** 100 sestercios y **Marcus** le debe a **Sempronio** 100 sestercios, para evitar un doble pago **Marcus** delega a su deudor **Ticio** para que pague directamente a **Sempronio** los 100 sestercios de la deuda. El contrato nace así: **Sempronio** anotará en el "***acceptum***" que ha recibido de **Marcus** los 100 sestercios que se deben y para hacer nacer la obligación literal anotará en el "***expensum***" que ha prestado 100 sestercios a **Ticio**, por tanto **Marcus** queda excluido de la obligación y **Ticio** quedó obligado "***litteris***" para con **Sempronio.**

Se hace la transcripción "***a persona in personam***" cuando, por ejemplo, si **Ticio** me debe, yo anoto a tu nombre en la tabla del "***expensum***" dicha suma, es decir, como si **Ticio** te hubiera encomendado (delegado) pagarme a mí (Gayo, III, 130).

Estos libros eran llevados por los patricios jugando el contrato "***litteris***" un papel importante en los negocios, posteriormente los *banqueros abren un libro para cada cliente* donde anotan todas sus operaciones, por lo que los libros privados van desapareciendo y con ellos el propio contrato "***litteris***", ya JUSTINIANO acepta este tipo de contrato.

El contrato "***litteris***" estaba sancionado por una "***condictio certae creditae pecuniae***".

Se cuestiona con razón sobre si los *extranjeros* se pueden obligar por los "***nomina transcriticia***", ya que tal género de obligaciones corresponde al "***ius civile***". Y respecto de esto, NERVA se inclinó por la afirmativa. En cambio, para SABINO y CASSIO está visto que si el "***nomen transcripticium***" se hace "***a re in personam***", los extranjeros también se pueden obligar; pero no así si se hace "***a persona in personam***".

c) ***La "nomina arcaría".***- Otro régimen distinto es el "***nomina arcaria***". En este caso, en efecto, *la obligación no es constituida* "***litteris***", sino que consiste en una obligación "***re***", ellas no valen sino una vez que se ha realizado la dación (***numeratio***) del dinero (***pecunia***). (Gayo, II, 132).

Estos "***nomina arcaria***" eran, pues, "*anotaciones en caja*" (***arca***) *de negocios ya producidos*; por tanto no se produce una nueva "obligación", sino que lo que se hace es anotar la ya realizada que continúa teniendo las mismas características, ya que no hay "***transcriptio***", sino mera anotación.

d) ***Querella non numeratae pecuniae.***- Si un acreedor con la idea de dar un préstamo a alguno se anticipa y anota en su **codex** que había entregado lo prometido, sin hacerlo, conforme al derecho civil el deudor quedaba obligado, por ello el pretor acordó una excepción de rechazar la acción del acreedor y una acción para hacer que se anulara el compromiso, estos medios se llamaron "***querella non numeratae pecuniae***", correspondiendo la carga de la prueba al acreedor ya que al deudor le es imposible probar un hecho negativo indeterminado.

2. LOS CHIROGRAPHA Y LOS SYNGRAPHA

La obligación por medio de la transcripción en el ***codex accepti et expensi*** fue una institución peculiar de los ciudadanos romanos, en cambio, *los peregrinos, y especialmente los naturales de las provincias griegas*, servíanse de documentos escritos llamados ***chirographa*** y ***syngrapha***, con los cuales el deudor confesaba deber o se obligaba a prestar alguna cosa.

El chirigrapha, era un documento firmado y sellado con el anillo del deudor, que conserva el acreedor, *especie de letra de cambio actual.*

La syngrapha, era un *documento por duplicado* firmado y sellado *por el deudor y acreedor* quedando ambos con una copia.

Los romanos reconocieron el valor de estos documentos y los emplearon en sus relaciones con los peregrinos y después los usaron también entre sí. En el derecho posterior, a medida que se extendía a los peregrinos el **ius civitatis**, *desapareció la forma de la **syngrapha** y subsistieron solamente los **chirographa**.* Pero únicamente como prueba escrita de la obligación literal, sin tener jamás un valor semejante al de los ***nomina transcriticia***[473].

3.3. CONTRATOS REALES: EL MUTUO O MUTUUM, EL COMODATO, EL DEPÓSITO Y LA PRENDA

El elemento esencial de los contratos reales fue la realización de un hecho positivo que consistía en la *entrega de una cosa* a uno de los contrayentes, con la obligación de éste de restituirla en el tiempo convenido. *Eran pues, convenciones que se perfeccionaban por la entrega o tradición de la cosa en propiedad, en simple posesión o en tenencia.*

Dentro de las obligaciones que nacían ***re***, GAYO sólo menciona la *dación del mutuo* "***mutui dationes***" (Gayo, III, 90).

[473] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 278.

En el **Digesto** (D. 44, 7, 1) y en las **Institutas de Justiniano** (Inst. 3, 14), además del mutuo se mencionan como contratos reales ***el comodato, el depósito*** y ***la prenda***. En estas tres figuras la dación de la cosa no implica la transmisión de la propiedad, como ocurría en el **mutuo**, y así el comodatario y el depositario eran simples detentadores, mientras al acreedor pignoraticio sólo pasaba la posesión del bien prendado.

1. EL MUTUO O MUTUUM

Concepto.- Se conoció en Roma con el nombre de *mutuo -**mutuum**-* o préstamo de dinero, el contrato real por el cual una persona, el *mutuante o prestamista -**mutuo dans**-*, **entregaba en propiedad** a otra, el *mutuario* o *prestatario -**mutuo accipiens**-*, una determinada cantidad de *cosas fungibles* (peso, número y medida) o una *suma de dinero* con la obligación de éste a devolver otro tanto del mismo género o especie y calidad *-**tantumdem**-*.

Este contrato fue el único en los primeros tiempos, sancionado por el derecho civil; el depósito, la prenda y el comodato eran sólo pactos desprovistos de acción.

Requisitos.- El mutuo requiere para su validez: *la transferencia de la propiedad y posesión de la cosa al mutuario -**datio rei**-*, se exigía que el mutuante fuera propietario de los bienes dados en mutuo; que la cosa sea *fungible* y que el mutuario sea capaz de obligarse. Durante VESPASIANO ***el Senadoconsulto Macedoniano*** prohíbe el préstamo de dinero a un "***filiifamilias***" en virtud de este Senadoconsulto el pretor negaba la acción al demandante y concedía al demandado la "***exceptio senadocunsulti macedoniani***". El senadoconsulto no tenía aplicación si el hijo gozaba de un "***peculio castrense***" o "***quasi castrense***", si el padre autoriza el préstamo o se beneficia de él y si el hijo se hace pasar por ***sui iuris***.

Caracteres.- *Los principales caracteres del mutuo son:*

Contrato real.- Se perfecciona con la entrega de la cosa.

No formal.- No requiere de formalidades especiales, no es solemne.

Unilateral.- Sólo crea obligaciones a una de las partes, el mutuario.

De derecho estricto.- El juez sanciona sin tomar en cuenta la equidad ni la intención, sus facultades estaban restringidas a lo expresamente convenido por las partes.

Gratuito.- El mutuario sólo estaba obligado a devolver una cantidad igual a la recibida, pero acepta estipulación de intereses.

Intereses en el mutuo.- Los intereses "***usurae***", no son debidos, salvo que haya mediado una ***stipulatio*** que contemple su exigibilidad, como es el caso general del *préstamo de mercancías* y el *préstamo marítimo* o ***nauticum foenus***.

En la Ley de las XII Tablas el interés era de un 8.33 % anual. En la época clásica se estableció ***la usurae legitimae*** del 12 % anual. Bajo JUSTINIANO la tasa general es del 6 %, los préstamos hechos por personas ilustres son del 4 %, los comerciantes y banqueros el 8 % y en materia del ***nauticum foenus*** el 12 %.

Foenus nauticum o pecunia traiecticia.- Fue una clase de *mutuo especial*, era una ***institución proveniente del derecho marítimo griego***, que encajó en el sistema contractual romano. *Se trataba del préstamo de sumas destinadas a ser transportadas por mar, ya en dinero en efectivo, ya transformadas en mercaderías.* Ofrecía la particularidad de que *los riesgos corrían a cargo del mutuante* desde el día de la salida hasta que la nave llegaba felizmente al destino. En compensación, el préstamo marítimo admitió que se establecieran *intereses por simple pacto* y que ellos pudieran superar la tasa legal, que llegó en el derecho justinianeo al 12 % anual.

La jurisprudencia aplicó las reglas de la ***pecunia traiecticia*** o ***náutica*** a casos en que la devolución de la suma dada en préstamo se hacía depender de *circunstancias o eventos* que constituían riesgos para el mutuante o prestamista. Tal, el ejemplo que encontramos en el digesto (D. 22, 2, 5, pr.) *de quien prestara dinero a un atleta para mantenerse y ejercitarse, con la obligación de éste de devolverlo si salía vencedor.*

Efectos del mutuo.- El mutuo hacía nacer *para el mutuario* una *obligación de restituir* en la fecha acordada el dinero prestado o el equivalente de la cosa prestada. *El mutuante* tiene para reclamar la devolución del dinero prestado, la ***actio certae pecuniae*** y si se trata de cosas, ***la condictio certae rei.***

2. EL COMODATO

Concepto.- El comodato es un contrato real por el cual una persona *-el comodante-*, entrega a otra *-el comodatario-*, *una cosa no consumible*, mueble o inmueble, *para que la usara gratuitamente* y después restituyera en el tiempo y modo convenidos, se llamó en Roma *comodato o préstamo de uso* -***commodatum*** o ***utendum dare***-.

Requisitos:

a. *Entrega de la cosa*, a diferencia del mutuo, *el comodatario* no adquiere ni la propiedad ni la posesión, posee los interdictos posesorios, *sólo tiene una simple detentación*;
b. *Que el préstamo sea gratuito* si hay pago estamos en presencia de un alquiler de cosa.
c. *Que la cosa no sea consumible,* sin embargo se admite que una cosa dada en comodato sea consumible si lo que pretende el comodatario es *exhi-*

birla "***ad pompam vel ostentationem***". *El objeto* del comodato sólo podía ser las *cosas corporales*, muebles o inmuebles. Por regla general, debía de tratarse de cosas no consumibles, pues el comodatario tenía que devolver el mismo e idéntico bien.

Caracteres.- *Los principales caracteres del comodato son*:

a. *Real.* Porque se perfecciona con la entrega de la cosa.

b. *Sinalagmático imperfecto.* Sólo engendra obligaciones para el comodatario de restituir la cosa, pero por la naturaleza de la cosa misma, pueden surgir obligaciones para el comodante.

c. *De buena fe.* El juez puede sancionar tomando en cuenta la equidad y la intención de las partes contratantes.

d. *Gratuito.* Si no es gratuito deja de ser comodato, como ya se manifestó.

Efectos del comodato.- El *comodatario* debe usar la cosa de modo normal, ajustado a su naturaleza, o tomando en cuenta lo convenido, *responde de la pérdida de la cosa por su dolo y culpa grave o leve,* debe reparar los deterioros que sufra la cosa y devolverla en el lugar y fecha convenidos con los frutos y productos que la cosa hubiera producido. Estas obligaciones se hallan sancionadas a *favor del comodante* por la "***actio comodati***".

El comodante a su vez *debe indemnizar al comodatario* por los perjuicios sufridos al haberse entregado una cosa defectuosa y por los gastos realizados para su mantenimiento, *gozando el comodatario* de la "***actio commoditi contrarium judictio***".

3. EL DEPÓSITO

Concepto.- Es la convención por la cual una persona, *el depositante* (***deponens***), entregaba una *cosa mueble* a otra, *el depositario* (***depositarius***), *para que la custodiase gratuitamente y se la devolviese al primer requerimiento*, constituyendo el contrato de depósito (***depositum***).

Caracteres:

a. *Contrato real.* Porque se perfecciona por la entrega de la cosa -***datio rei***.

b. *Sinalagmático imperfecto.* Sólo engendra obligaciones para el depositario de restituir la cosa dada en depósito, pero dada a la naturaleza de la cosa, pueden surgir obligaciones para el depositante.

c. *De buena* fe. El juez puede sancionar tomando en cuenta la equidad y la intención de las partes.

d. *Gratuito.* Si mediaba un pago o compensación se convierte en alquiler de servicios, sin embargo en la época de JUSTINIANO se permitió la retribución de una pequeña suma de dinero.

Efectos:

El depositario está obligado a guardar la cosa y velar por su conservación, responde por su dolo o culpa grave en la pérdida de la cosa depositada y restituirla al primer requerimiento. Estas obligaciones se hallan sancionadas *a favor del depositante* por la "***actio depositi***" la cual tiene carácter infamante. El depositante debe indemnizar al depositario por los perjuicios que le ocasione la cosa depositada y por los gastos ordinarios o extraordinarios de mantenimiento y conservación, *gozando el depositario* de la "***actio depositi contrarium judicium***".

Figuras especiales del depósito.- *Depósito necesario, el depósito irregular y el secuestro.*

a. ***Depósito necesario***.- Llamado también *miserable* por los comentaristas, cuando se lo constituía en caso de necesidad nacida de una calamidad pública o privada, como un incendio, un tumulto o naufragio. En la hipótesis no siendo libre la elección del depositario, si éste no restituía las cosas entregadas a su custodia, era condenado al doble de su valor (***in duplum***).
b. ***Depósito irregular***. Era aquél que *tenía por objeto dinero u otras cosas fungibles que podía consumir el depositario, quien quedaba obligado a restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad.* Esta modalidad especial del depósito que *aplicaron generalmente los banqueros,* no se diferenciaba esencialmente del mutuo.
c. ***Secuestro*** (***in sequestre est depositum***). Cuando el depósito lo hacían conjuntamente varias personas que convenían en que la restitución de la cosa se hiciera efectiva a una de ellas una vez que se verificaran ciertas condiciones, como por *ejemplo, la finalización de un litigio.* Este depósito especial tenía la característica de que ***el secuestratario* no era mero detentador de la cosa, pues *tenía la possessio ad interdicta*** y su obligación de restituir el bien podía hacerse efectiva por una acción particular "***la actio secuestrataria***".

4. LA PRENDA

Concepto. La convención en virtud de la cual una persona, *el pignorante* entrega a otra, *el pignoratario, la posesión de una cosa corporal para garantizar una deuda propia o ajena,* con la obligación de quien la recibía de conservarla y restituirla cuando el crédito hubiera sido satisfecho, constituyó el contrato de prenda (***pignus***).

Se explica la entrega de la posesión en este contrato porque si el deudor prendario no paga en la fecha convenida puede el acreedor prendario poseedor vender el bien para recuperar su crédito.

La palabra ***pignus*** sirve para designar el contrato mismo, la cosa dada en prenda y el derecho real que el acreedor prendario tiene sobre el bien dado en prenda.

Caracteres:

a. *Contrato real.* Se perfecciona por la tradición del bien.
b. *Sinalagmático imperfecto* del contrato de prenda hacía que la obligación recayera sobre el *pignoratario*, pero al *pignorante* se lo podía obligar a responder hasta de culpa leve por la inidoneidad de la cosa para servir de garantía y por los gastos necesarios pagados por el pignoratario.
c. *De buena fe.* El juez puede sancionar tomando en cuenta la equidad y la intención de las partes.
d. *Accesorio.* Su existencia está subordinada a la existencia de una obligación principal.

Efectos:

El acreedor prendario es responsable de la cosa pignorada, por tanto responde por su dolo y culpa tanto grave como leve, no pudiendo servirse de la cosa, pero *si el bien produce frutos* en manos del acreedor, éstos *pueden ser imputados al pago de intereses primero luego al del capital,* **al ser cancelada la deuda debe restituir la cosa prendada.** Estas obligaciones están sancionadas a favor del deudor prendario por la "***actio pignoratitia directa***".

El deudor prendario constituyente debe reembolsar al acreedor prendario los gastos necesarios hechos para el mantenimiento o conservación de la cosa e indemnizar por los perjuicios que la cosa ocasione al acreedor. Estas obligaciones están sancionadas a favor del acreedor prendario por la "***actio pignoratitia contrarium judicio***" y por el derecho de retención "***ius retinendae domini***".

3.4. CONTRATOS CONSENSUALES: LA COMPRAVENTA, LA LOCACIÓN O ARRENDAMIENTO, LA SOCIEDAD Y EL MANDATO

Contratos consensuales o ***consensu***, son los que se perfeccionan por el simple acuerdo de las partes, sin necesidad de ninguna formalidad verbal o escrita: por ello pueden ser contraídos entre ausentes. El elemento consentimiento visto desde un punto de vista subjetivo, es lo más importante en ellos y puede ser manifestado verbalmente, por escrito o de forma tácita.

1. LA COMPRAVENTA

Definición.

La compraventa (***emptio venditio***) puede ser definida como aquel contrato de buena fe por medio del cual una persona llamada *vendedor* (***venditor***) se obli-

ga a transferir a otra llamada *comprador* (***emptor***), ***la posesión libre, completa y duradera de una cosa determinada, mediante el pago de una cantidad cierta y en dinero.*** El que debe la cosa es el vendedor, ha hecho una ***venditio.*** Tiene contra el comprador para forzarle a pagar el precio, ***la actio venditi*** o ***ex vendito.*** El que debe el precio es el comprador; por su parte la operación se llama ***emptio.*** Tiene contra el vendedor, para obligarle a ejecutarlo ***la actio empti*** o ***ex empto.***

La compraventa es una ***institución del ius gentium*** que reemplazó en el desarrollo histórico al ritual del ***mancipatio*** propio del ***ius civilis.*** Para el derecho romano es un contrato consensual por el cual el vendedor se obliga a entregar la cosa al comprador y éste a pagar un cierto dinero, aún cuando en los primeros tiempos se confunde con el trueque.

La compraventa en Roma *no transmitía la propiedad sino la posesión*, por ello la prestación del vendedor no es un "***dare***" sino un "***praestare***", en cambio el comprador si sufre "***un dare***" ya que tiene que transferir el dominio del dinero del precio, *para adquirir la propiedad de la cosa vendida* se requiere de una "***mancipatio***", "***cessio in iure***"; "***traditio***" u obtenerla por "***usucapio***".

Caracteres jurídicos.- *Los principales caracteres jurídicos de la compraventa son:*

a. ***Consensual.-*** Bastaba para su conclusión el solo acuerdo de voluntades de las partes.
b. ***Bilateral perfecto.-*** Desde que las partes prestan su consentimiento, originan obligaciones a cargo de ambos contratantes.
c. ***Oneroso,-*** De este contrato emanan beneficios recíprocos a favor de las partes, dado a que cada prestación encontraba su equivalente en la otra.
d. ***Conmutativo.-*** Pues, en principio las ventajas que acarreaba eran ciertas para las partes desde el nacimiento del contrato.
e. ***De buena fe.-*** En caso de demanda judicial *el juez puede apartarse de la letra del contrato*, para solucionar la divergencia, conforme *a las reglas de la equidad.*

Requisitos Esenciales de la Compraventa.- Los requisitos esenciales de la compraventa son: ***el consentimiento, la cosa*** y ***el precio.***

a. ***El consentimiento.-*** Es indispensable para todo tipo de contrato, pero en la venta es el elemento más importante para hacer eficaz la obligación sin ningún elemento externo. El principio es que nadie puede ser obligado a vender una cosa contra su voluntad, sin embargo la ***Constitución de Antonino Pío*** establece la venta obligatoria del esclavo maltratado por su dueño y la venta de alimentos ante una calamidad que aflija al pueblo.

El consentimiento podía manifestarse de cualquier modo, sin solemnidad alguna, expresa o tácitamente entre ausentes, por carta, por mandato y hasta por intermedio de un ***nuntius***. Sin embargo, se hizo práctica corriente que la compraventa se confirmara con *documentos escritos* que al principio tuvieron mera función probatoria.

Con CONSTANTINO comenzó a utilizarse el documento escrito, en este caso el contrato se perfecciona cuando ambas partes firman, el propósito fue evitar la evasión de impuestos. JUSTINIANO permite a elección de las partes la formalización por escrito, pero manteniéndolo dentro de los contratos consensuales.

b. ***La cosa***.- El objeto de la compraventa o mercancía podía ser *cualquier cosa* mueble o inmueble, corpórea o incorpórea, presente o futura que estuvieran ***in comercio***. En relación con las cosas incorpóreas se reconoció como válida la compraventa de una servidumbre predial, del usufructo, de una herencia ya adquirida por el heredero y de un crédito, mediante la correspondiente cesión. También se admitió la eficacia de la *venta de la cosa futura*, ya fuera bajo la condición de que la cosa llegara a existir (***emptio rei speratae***), en cuyo caso solamente se pagaba el precio, como ocurría si se compraba la cosecha próxima de un fundo, o incondicionalmente (***emptio spei***), de suerte que había que pagar el precio aunque no sobreviniera la existencia de la cosa, como acaecía cuando versaba sobre la pesca que se cogería en la red.

La *venta de la cosa ajena era válida*, para determinar los derechos que el comprador tenía contra el vendedor *había que distinguir si éste era de buena o mala fe*, si era de buena fe el comprador no podía quejarse mientras no fuera perturbado en la posesión de la cosa, pero si era de mala fe, podía el comprador aún antes de sufrir ***evicción***, proceder contra el vendedor.

c. ***El precio***.- Debía consistir en una suma de dinero, contrariamente a la idea de los *sabinianos*, que estimaban que cualquier cosa podía ser dado como ***pretium***. Tenía que ser también cierto (***certum***), es decir, determinado o determinable. La determinación no podía quedar librada a la voluntad exclusiva del comprador o del vendedor, porque en tal caso la venta era nula. **En el derecho justinianeo** se admitió que se la remitiera al arbitrio de un tercero, en cuyo caso el contrato se consideraba condicionado, de suerte que si el tercero no fijaba el precio el negocio no quedaba perfeccionado por no cumplirse la condición. **En el derecho clásico** se exigió, además, que el precio fuera verdadero (***verum***), no simulado. Así, no había venta, si no donación, cuando el vendedor convenía con el comprador, en que no le exigiría el precio.

Caracteres del Precio.

a. ***Verum.*** El precio debe ser verdadero en el sentido de que no sea una donación simulada. *Según los proculeyanos* debía ser en dinero obligatoriamente "***pacunia numerata***".

b. **Certum.** Debe ser determinado o con posibilidad de determinar.

c. ***Justum.*** Debe ser justo, de un valor igual al de la cosa, incluido por efecto de la teología cristiana e inconvenientes de devaluación de la moneda. *Una constitución de* DIOCLECIANO permite al vendedor *anular el contrato si se lesiona* el precio en más de la mitad.

Obligaciones del Vendedor

a. *El vendedor se obliga* en primer término *a transmitir al comprador la pacífica posesión de la cosa.* No se obliga a transmitir la propiedad, sólo está obligado ante todo a entregar la cosa al comprador -***vacuam possessionem tradere***-. En el **derecho clásico**, y siempre que se trate de ***res mancipi***, el vendedor es constreñido a realizar **la *mancipatio***. En el derecho justinianeo la obligación estriba en ***tradere*** la cosa.

b. Asegurar al comprador el goce pacífico y duradero de la cosa, ***el vendedor responde del habere uti frui licere***, es decir, de la privación de la posesión y disfrute que pueda sufrir el comprador como consecuencia de una sentencia condenatoria.

c. Conservar la cosa hasta el momento de la tradición, y hacerse responsable por los daños que le ocasione por su dolo o culpa.

d. Dar al comprador ***garantía contra la evicción*** (que la cosa no será reivindicada por un tercero que es su propietario).

   La evicción podía ser total cuando un tercero demostrando mayores títulos sobre la cosa, reivindica ésta de manos del adquirente. En este caso ***el comprador dispone de la actio stipulatu*** o ***stipulatu duploe***, la que implicaba *condenación por el doble del precio abonado al vendedor.* ***La evicción era parcial*** cuando un tercero, por medio de la acción correspondiente, se hace reconocer sobre la cosa, un derecho real cualquiera. En este caso ***la actio empti*** permite al adquirente *solicitar indemnización del vendedor*, por vía judicial, cuyo monto es fijado a criterio del juez.

e. ***Garantizar al comprador contra vicios ocultos***, fuera de cualquier convenio expreso. **El comprador posee dos acciones:** ***la actio redhibitoria*** ejercitable sólo una vez dentro de seis meses *para resolver el contrato*, y ***la actio quanti minoris***, dentro de un año y cuantas veces vicios se descubra, *con el objeto de disminuir y equiparar el precio.*

Obligaciones del Comprador

a. El comprador está obligado a pagar el precio convenido -***pretium dare***-, y a transferir efectivamente al vendedor *la propiedad de las monedas en que dicho precio se exprese*. Más los intereses que se hayan estipulado.

   El pago del precio debe verificarse en el momento que se hubiere convenido y, si nada se dispuso al respecto, inmediatamente después de concluido el contrato.

b. *Indemnizar los gastos hechos* para la conservación de la cosa, desde el día de la conclusión del contrato, hasta el momento de la sentencia.

c. ***Contra el comprador se otorga al vendedor los siguientes derechos y acciones***:

Derecho de Retención. Para garantizar al vendedor contra los riesgos provenientes de la insolvencia del comprador, se permitió a aquél (vendedor) retener la cosa hasta que el adquirente ejecute sus obligaciones.

Derecho de Reivindicación. Este derecho podía hacerse efectivo en caso que el objeto hubiera sido ya transmitido al comprador.

Derecho de Constituir Hipoteca. Podía el vendedor, asimismo, constituir una hipoteca sobre la cosa hasta ser pagado por el comprador.

Lex Commissoria. Convención muy utilizada en el derecho romano, en la cual *el vendedor se reserva el derecho de resolver el contrato*, en caso de no ser pagado dentro de cierto lapso de tiempo, debiendo restituirse la cosa con los frutos percibidos.

Pactos Agregados a la Compraventa[474]

a. ***Pacto Commissorium -Lex Commissoria***- por el cual el vendedor tenía derecho a declarar resuelto el contrato y exigir la restitución de la cosa con sus frutos y acrecentamientos, si el comprador dejaba de pagar el precio dentro de los términos o plazos convenidos (***si ad diem pecunia soluta non sit, un fundus inemptus sit***)[475].

   Por otra parte debe tenerse en cuenta que como el *pacto comisorio* únicamente confería al vendedor una facultad para solicitar la resolución de la compraventa, el mismo podía renunciar a tal facultad y optar por ejercitar la ***actio venditi*** para exigir al comprador el cumplimiento de su obligación; mas, si elegía esta última vía, ya no podía, posteriormente, demandar la resolución del contrato.

---

[474] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 291.

[475] D. 18, 3, 2.

b. ***El Pacto de Adjudicación a Término -pactum in diem addictio***- Que autorizaba al vendedor a reservarse el derecho de rescindir el contrato si, con posterioridad a la conclusión del mismo y dentro de cierto plazo (***in diem***), se presenta un tercero que ofrece comprar la cosa por un precio mayor o en mejores condiciones para aquél.

   Si transcurre el plazo convenido sin que nadie hubiere verificado una oferta más ventajosa o si, realizada ésta, el vendedor no la acepta, la compraventa se considera firme y definitiva.

c. ***Pacto de Retroventa o Rescate-Pactum de Retrovendendo***- Que permitía al vendedor reservarse *la facultad de readquirir la cosa vendida* dentro de cierto plazo por el mismo precio o por otro diferente, ya determinado, ya determinable.

   En otras palabras, era el pacto por el cual *el vendedor se reservaba*, dentro de cierto tiempo, *la facultad de recuperar o rescatar la cosa vendida* mediante la restitución al comprador del precio que en su día recibió de éste.

   Dice al respecto el jurisconsulto PRÓCULO:

   "Si el marido vendió unos fundos a su mujer, y en la venta se incluyó la cláusula que si el matrimonio se disolviere la mujer devolvería al marido, si éste así lo solicitare, aquellos fundos por el mismo precio, y que lo mismo debe observarse en relación a otras personas"[476].

d. ***Pactum de Retroemendo***.- Por este pacto el comprador se reserva el derecho de obligar al vendedor, dentro de un plazo determinado, a que adquiera de nuevo la cosa vendida y por el mismo precio que en su día recibió (D. 18, 1. C. 4, 54).

   Como se ve, semejante *pacto de reventa* venía a cumplir, *a favor del comprador*, la misma función que el ya comentado pacto de retroventa cumplía a favor del vendedor; por tanto, su desarrollo revela idéntico contenido que el expuesto al tratar de este último.

d. ***El Pacto de Preferencia -pactum protimeseos***- Por este pacto *el vendedor se reservaba la facultad de ser preferido a cualquier otro adquirente*, en las mismas condiciones por éste ofrecidas, *cuando el comprador decidiese vender la cosa.*

   "El que vendió un fundo con la condición de tenerlo en arriendo por cierto canon, o con la de adquirirlo con preferencia a cualquier otro, si el comprador pretendiera desconocerla, podrá aquél exigir el cumplimiento de lo pactado con base a la ***actio venditi***"[477].

---

[476] D. 19, 5, 12.

[477] D. 18, 1, 75.

e. ***El Pacto a Prueba -pactum displicentiae-*** En virtud de este pacto *el comprador se reserva el derecho de resolver el contrato* en el supuesto de que la cosa comprada no sirva para el fin previsto o, simplemente, no le satisfaga.

f. ***El Pacto de no Enajenar -pactum de non alienando-***. Por el cual el comprador quedaba obligado a no enajenar a persona alguna la cosa adquirida o, en particular, a persona determinada.

g. ***El Pacto de Reserva de Hipoteca -pactum reservatae hypothecae-*** Es el pacto por cuya virtud el vendedor se reservaba un derecho de hipoteca sobre la cosa vendida hasta tanto el comprador pagare el precio acordado (***quod pretium solveret***)[478].

   Dicha hipoteca reservada por el vendedor era preferente a cualquiera otra que el comprador pudiera constituir sobre la cosa.

h. ***El Pacto de Reserva de dominio. Pactum reservatae dominii.***- Es el pacto por el cual el vendedor, aunque verificare la entrega de la cosa vendida (***traditio***), se reservaba el dominio de la misma hasta tanto le fuere pagado íntegramente el precio de aquélla (***donec pretium ab emptore solveretur***).

2. LA LOCACIÓN O ARRENDAMIENTO

El arrendamiento es un *contrato consensual* por el cual una persona denominada ***arrendador-locator*** se obliga a procurar a otra persona llamada ***arrendatario-conductor,*** el uso y disfrute temporal de una cosa, o la ejecución de una obra determinada, o la prestación de ciertos servicios, mediante el pago de una remuneración llamada "***merces***"[479].

El problema no resuelto es lo referente a los *orígenes de la* ***locatio conductio,*** la opinión más común descubre su raíz en los negocios concluidos por el Estado respecto de las tierras públicas.

Clasificación.

De la definición precedente se desprenden tres clases o tipos de contrato de alquiler:

a. ***Locatio conductio rerum*** -Alquiler de cosas.
b. ***Locatio conductio operarum*** -Alquiler de servicios.
c. ***Locatio conductio operis*** -Alquiler de obra.

---

[478] D. 18, 9, 1, 4.

[479] **Merces**, salario, paga recompensa.

Tal división tripartita no la encontramos en las fuentes romanas, ni fue admitida, implícitamente, por los juristas clásicos, sino que es obra de la doctrina moderna. Frente a la posición contemporánea, el Derecho Romano no conoció sino un tipo contractual único, una sola ***locatio-conductio***, aplicando en principio, las mismas reglas jurídicas a las diversas maneras particulares en que aquélla se presentase.

Locare significa en las fuentes "*colocar*", es decir, entregar o encomendar algo a una persona. Más oscuro es el significado de ***conducere*** aunque parece ser que significó "*llevar consigo*".

Caracteres comunes.

Consensual, sinalagmático, de buena fe, oneroso y de derecho de gentes.

Siendo el arrendamiento un *contrato bilateral* engendraba obligaciones para ambos contratantes, daba lugar a *dos acciones distintas* para hacer exigible las respectivas prestaciones: ***la actio locati*** o ***ex locato***, que competía al locador, y ***la actio conducti*** o ***ex conducto***, que se concedía al locatario.

Era un contrato consensual en el sentido de que resultaba perfecto por la simple *emisión del consentimiento de las partes contratantes, sin que se precisare la adición o el cumplimiento de formalidad alguna*, una ***datio rei***, o el cumplimiento de las ***operae*** o del ***opus*** prometidos.

"El arrendamiento, como es natural en todos los pueblos, no se contrae en virtud de palabras solemnes, sino por el consentimiento, como la compraventa"[480].

Era un contrato sinalagmático perfecto, ya que, indefectiblemente, engendraba obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes contratantes: obligación del arrendador de prestar el uso y goce de la cosa (***uti, frui***), las ***operae*** o el ***opus***, y la obligación del arrendatario de prestar la remuneración o merced convenida.

Era un contrato de buena fe, y, por tanto, las acciones que del mismo nacían (***in ius conceptae***) contenían la cláusula ***ex fide bona***, en base a la cual el juez al sentenciar tomaba en cuenta, no solo lo expresamente acordado, sino también todo aquello que fuere exigible en base a la lealtad y corrección que deben observarse en los contratos (buena fe).

En fin, **era un contrato de Derecho de gentes**, por lo que era accesible también a los peregrinos[481].

---

[480] D. 19, 2, 1.

[481] MONTES, Cristóbal Angel, op. cit., pg. 488.

Elementos esenciales del arrendamiento, además de los generales a todo contrato, son: *la cosa* (***res*, *stricto sensu***, u ***operae***, las cuales se consideran en el mismo plano que las cosas estrictas) y *el precio o compensación* (***merces*, *pensio*, *canon***).

El objeto del arrendamiento es variado; podían serlo todas las cosas, ***in commercium***, corporales o incorporales, muebles o inmuebles. En principio, para poder entregar la cosa a fin de que se use o disfrute se precisa que la misma sea *inconsumible.*

Pueden ser dadas en arriendo los ***iura in re aliena***, por ejemplo el derecho real de usufructo.

Evolución Histórica.

Primitivamente, sólo se conoció la *locación de cosas*, especialmente de bestias de carga.

Con el aumento de la población, y como lógica consecuencia de esto, comienza a tomar incremento la locación de inmuebles; y más adelante, como efecto de las sucesivas conquistas, va cobrando importancia *la locación de tierras rurales -Aparcería-.*

Contemporáneamente, *aparece la locación de obra*, y con el correr del tiempo la *locación de servicios* que va paulatinamente desplazando a la anterior.

a. ARRENDAMIENTO DE COSA.- LOCATIO CONDUCTIO RERUM

Locación de cosas o ***locatio conductio rei.*** Contrato por el cual una persona llamada *locator* se compromete a procurar del *locatario* el goce temporal de una cosa mediante el pago en dinero.

El contrato de locación de cosas podía tener por objeto cualquier cosa mueble o inmueble, con tal de que no fuera consumible y, también, el ejercicio de un derecho real sobre cosa ajena, como el usufructo o la superficie. Si se daba *en locación una casa*, el locatario se denominaba inquilino (***inquilinus***); si se trataba de *un fundo,* colono (***colonus***).

Obligaciones del Locator (arrendador).

a. El arrendador está obligado a entregar o a poner a disposición del arrendatario la cosa locada a fin de que éste la *use o la use y disfrute* (***uti frui licere praestare***) de acuerdo con los términos establecidos en el contrato. Semejante entrega debía verificarse en el tiempo y lugar convenidos.
b. Asegurar al locatario el goce pacífico de la cosa durante el tiempo estipulado.

c. Debe garantizar al arrendatario contra la *evicción*. Si en base a la reclamación judicial de un tercero el conductor se veía privado del uso o del uso y disfrute de la cosa locada, podía siempre que tal privación dependiera del dolo o de cualquier negligencia del locador, exigir indemnización plena de todos los daños y perjuicios que se hubieren acarreado.
d. Si la cosa no sirve para el uso acordado o si la misma disminuye sensiblemente su utilidad *por vicios o defectos ocultos* que no fueron manifestados oportunamente por el arrendador, éste viene obligado a resarcir al arrendatario de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado; el conductor puede, además, solicitar la rescisión del contrato.
d. Está obligado a verificar todos los gastos y reparaciones necesarias a fin de que el arrendatario pueda disfrutar plenamente de la cosa arrendada durante el tiempo y las condiciones estipuladas.
e. Reembolsar al conductor los gastos necesarios y útiles que haya hecho en la cosa.
f. El arrendador está obligado a sostener todas las cargas que recaigan sobre la cosa, tales como tributos y gravámenes.

Estas obligaciones se hallan sancionadas a favor del locatario por la ***actio conducti.***

Obligaciones del Conductor (arrendatario) son:

a. El arrendatario está obligado a *pagar el precio del arrendamiento* (***merced***) en el lugar, tiempo y forma que se hubieren acordado. *El derecho justinianeo* dispuso que la meced debía consistir en una suma de dinero.
b. El arrendatario está obligado a *servirse de la cosa arrendada para la finalidad qie hubiere sido convenida* o de acuerdo al destino propio de la misma o, en fin, con arreglo al deseo del arrendador.

   El arrendatario responderá si por negligencia originó menoscabo o deterioro de la cosa arrendada, dando lugar a una disminución del valor de la misma que va más allá de los límites razonables de desvalorización propios del uso acordado.
c. Debía *cuidar la cosa con la diligencia propia de un buen* ***paterfamilias***, de acuerdo a lo que se hubiere convenido o a la *costumbre*, por tanto, de toda culpa, incluida la ***culpa levis*** in abstracto, ya que al igual que el arrendador tiene interés en el contrato.
d. El arrendatario está obligado a *costear los gastos ordinarios de conservación de la cosa locada*, como hacer por su cuenta las reparaciones pequeñas ocasionadas por el uso normal del objeto. En el arrendamiento de

animales, por ejemplo: los gastos de alimentación de los animales tomados en arriendo.

e. El arrendatario está obligado a *restituir en buen estado la cosa arrendada* al vencimiento del término establecido en el contrato.
f. El arrendatario está obligado a *no abandonar la cosa locada antes del término del plazo del arriendo*, a no ser que exista causa justa y razonable para dicho abandono[482].

*Estas obligaciones se hallan sancionadas a favor del locador, por la **actio locati.***

Periculum (riesgo).

a. En tanto que la obligación del ***conductor*** es pagar la ***merces*** por el uso y disfrute de la cosa arrendada, puede quedar exento de tal obligación, cuando no pueda usar y disfrutar porque la cosa se ha perdido o deteriorada por ***vis maior***, de ahí que se hable de ***periculum locatoris*** (riesgo del arrendador). La pérdida por deterioro la sufre el ***locator*** y al mismo tiempo que ocurre el evento, cesa la obligación del conductor de pagar la ***merces***, o bien, una reducción si la pérdida fue parcial.

   Como el caso del predio arrendado que se inunda, sufre invasión de enemigo, queda inutilizado por un terremoto, es expropiado o el caso de los baños arrendados por un año que sufrieron un incendio a los tres meses.
b. Mediante rescripto de un Emperador desconocido, se dispone que el *locator* haga ***remissio mercedis*** (perdón de la renta) cuando un incendio destruyó la siembra[483], o la cosecha no se dio por esterilidad de la tierra. Si el arrendador perdonó la renta por ese año y en los siguientes se dieron abundantes cosechas, el *locator* podrá exigir la renta del año que se perdonó, aunque si el año de esterilidad fue el último del arrendamiento, no podrá compensar porque las anteriores cosechas fueron abundantes[484].

El alquiler de Cosas se Extingue por:

a. *Vencimiento del término establecido en el contrato*. Los arrendamientos de fincas rústicas se concluían, ordinariamente, por cinco años.
b. Por la *pérdida o destrucción fortuita de la cosa locada*. El ***periculim*** lo soporta el arrendador (***periculun est locatoris***).

[482] MONTES, Cristóbal Angel, op. cit. pg. 498 a 501.
[483] D. 19, 2, 15, 3.
[484] D. 19, 2, 15, 4.

c. Por el *mutuo disentimiento* (***contrarius consensus***), modo general de extinción de los contratos consensuales.
d. Retraso del arrendador en la entrega de la cosa.
e. El arrendador puede solicitar la disolución del contrato cuando el *arrendatario no ha satisfecho la **merces*** durante dos años, o cuando incurre en abuso o deterioro de la cosa arrendada.
f. Rescisión solicitada por el *locatario*, ejm. inadaptabilidad de la cosa para el destino que pensaba darle el locatario.
g. *Cuando el arrendatario abandona la finca*, por temor fundado a sufrir un riesgo.
h. *Cumplimiento del objetivo* en virtud del cual se concluyó el contrato[485].
i. *La muerte del arrendador*, sólo en el caso de que la extinción del arrendamiento se haya dejado a voluntad de éste.

La muerte de cualquiera de los contratantes no produce la extinción de este contrato; sus derechos y obligaciones se transmiten a sus herederos.

Casos especiales de locatio conductio rei son el *ius in agro vectigali*, *enfiteusis* y *superficies*.

a. **Arrendamiento de almacenes (*horrea*).**- Contrato en donde un ***horrearius*** (*almacenista*), se obliga como *locator* a la guarda de las cosas depositadas en un **horreum** (*almacén*), generalmente mercaderías; a cambio de lo cual el *conductor* paga la ***merces***. El ***horrearius*** está obligado a la vigilancia, de ahí que responda por custodia, aun cuando el arrendatario tenga llave del ***horreum*** o de la ***cella*** (*compartimiento*), que recibió en arrendamiento, no responde por ***vis maior***, ni por robo de bandidos, es decir, hurto con violencia. El *horrearius* puede ser un *conductor* que a su vez subarrienda, en cuyo caso el dueño del *horreum* no responde ante los subarrendatarios, salvo que se haya convenido otra cosa.
b. **Arrendamiento de los servicios de un esclavo.**- el *locator* que arrienda un esclavo, cobra la ***merces*** que paga el *conductor*, el amo responde de dolo y culpa.

El *locator* que dio en arriendo un esclavo mulero, que se suponía era experto en la conducción de mulos, responde con la ***actio conducti*** por la muerte del mulo que se arrojó a un precipicio, ya que se había amarrado al pulgar la brida del animal, pues se arrendó a un inexperto como experto D. 9, 2, 27, 34; 19, 2, 60, 7.

---

[485] MONTES, Cristóbal Angel, op. cit. pg. 504 a 506.

Venta de la Cosa Arrendada. Cuando el locador vendía la cosa arrendada, podía el nuevo propietario expulsar al locatario que sólo tenía derecho a reclamar daños y perjuicios al locador, pero en el Bajo Imperio una Constitución de Diocleciano "***lex emptorem***" dispuso que el adquirente debe respetar el contrato siempre que se inserte una cláusula al respecto en el contrato de compraventa.

APARCERÍA

La aparcería era una forma particular de *arrendamiento rústico* en el que *el arrendatario -**colonus partiarius**-* satisface como renta una parte de la cosecha, con lo que el propietario participa de los riesgos de ésta, beneficiándose los años prósperos y sufriendo pérdidas los años malos. Este contrato *se extinguía por las mismas causas que la **locatio conductio rerum**.*

b. LOCACIÓN DE OBRA O LOCATIO CONDUCTIO OPERIS FACIENDI

Contrato por el cual el *locador* (arrendador) pone en manos del *conductor* (arrendatario) la realización de una obra determinada para que éste la ejecute y se le entregue terminada, a cambio de lo cual, el *conductor* recibirá el pago de la ***merces.*** En este contrato el *conductor* está obligado a entregar la obra en el plazo fijado y a responder por la pérdida o deterioro de la obra antes de la entrega, salvo caso fortuito. El *locador* posee la ***actio locati.***

A su vez el **locator** está obligado a pagar las **merces**, aun cuando la obra perezca por caso fortuito. El *conductor* posee **la *actio conducti.***

El concepto de obra (***opus***) era muy amplio y podía consistir en la transformación, manipulación, reconstrucción, limpieza, transporte de la cosa y hasta en la instrucción de un esclavo. Presupuesto del contrato era que *la obra se realizara con materiales suministrados por el locador, si ellos pertenecían al locatario se configuraba una compraventa.*

La obra había que realizarla en el término convenido, sin importar si era fruto del trabajo personal del operario, ya que si su naturaleza lo permitía podía hacerla ejecutar por otra o subarrendarla. Cabía, no obstante, que el contrato se hubiera celebrado en atención a las cualidades técnicas del locatario, en cuyo caso, tenía que realizar personalmente la obra.

Obligaciones del ***locator***

a. El *locator* debe aportar los materiales necesarios para la ejecución de la obra. Si es el *conductor* quien los proporciona, se trata de una *compraventa* y no de arrendamiento. Así por ejemplo el *locator* que entrega oro a un orfebre para que le haga unos anillos, quien entrega mármol para una estatua, metal para un vaso, tela para un vestido o un fundo para una

casa. Otro caso de ***locatio conductio operis*** es el contrato que celebra el naviero, por el transporte de personas o mercancía.

b. Debe pagar el precio de la *merces* convenida, cuando le sea entregada la obra terminada. El precio de la obra pudo haberse fijado por un precio único o por unidades de trabajo, cuya suma implica la obra terminada, o bien, fijar una cantidad por cada día empleado en la realización de la obra. *En cualquier caso la obra se entiende como una unidad.*
c. La aprobación de la obra queda a cargo del *locator* o de un *tercero.*
d. ***Periculum locatoris***. Si la obra se ha perdido o deteriorado por ***vis maior***, el riesgo lo sufre el *locator*, salvo convenio en contrario.

Obligaciones del conductor.

a. La obligación del *conductor* es de ***facere***, por lo que es indivisible, esto implica que no pueda haber una realización parcial; si la obra no es concluida, el *locator* no está obligado al pago, a diferencia de lo que ocurre en la *locatio conductio operarum.*
b. El *conductor* no está obligado a efectuar personalmente la obra, éste a su vez puede contratar los servicios de otras personas mediante una *locatio conductio operarum*, o bien, realizarla sus esclavos, a menos que se haya contratado al *conductor* por sus cualidades o destrezas.
c. Responde por dolo y culpa propia, o de sus subordinados, *si se trata de cosa mueble su responsabilidad es por custodia*, de ahí que responda por la ***imperitia*** en el desempeño de su oficio. El tintorero asume el riesgo por los vestidos que le dejaron para limpiar y que fueron roídos por los ratones.
d. El *conductor* que recibe una cosa fungible se hace propietario de lo entregado, por lo que asume todo riesgo, por ejemplo, quien ha recibido plata para hacer unos vasos u oro para unos anillos, su obligación es de entregarlos hechos. Los intérpretes llamaron a este caso ***locatio conductio operis irregularis***.

La extinción se produce por las mismas causas que la locación de cosas y la muerte del conductor, cuando sus aptitudes son determinadas para la ejecución de la obra.

Modalidades de Seguros de la Locatio Conductio Operis

1. *Lex Rhodia de Iactu.*

Reguladora del contrato de ***transporte marítimo***. Partiendo de las normas de esta ley que acogió el complejo de principios consuetudinarios del derecho marítimo de los pueblos de la cuenca del Mediterráneo, *los propietarios de las*

mercancías que el capitán hacía arrojar al mar (***iactus***) para aligerar la carga y salvar la nave ante el peligro de naufragio, *debían ser indemnizados por el armador de ella y por los propietarios de las mercancías salvadas.* Los dueños de los productos arrojados al mar tenían a su favor *la* ***actio locati*** *contra el armador,* y éste disponía, a la vez, de *la* ***actio conducti*** contra los propietarios de las mercaderías salvadas del siniestro. El reparto de las pérdidas producidas por la echazón se hacía en proporción al valor del navío y del cargamento salvado.

A continuación se detalla esta ***Lex*** *para su mejor comprensión.*

a. Es un caso de seguro para el transporte marítimo, que protege a los *lacatores* cayas mercancías han sido echadas al mar, para aligerar el peso de la nave (***levandae navis gratia***) y evitar su perecimiento en un evento de peligro. El *armador del barco* y *los dueños de las mercancías salvadas deben indemnizar,* por lo que las pérdidas se reparten proporcionalmente entre el armador del barco y todos los dueños de las mercancías transportadas, sin excluir a quienes reportaron pérdidas, éstos podrán ejercitar la ***actio locati*** *contra el armador del barco* quien queda autorizado a retener la mercancía para obtener la indemnización, por su parte, *el armador ejercitará la* ***actio conducti***, contra quienes salvaron sus mercancías para exigirles su cuota.
b. Para la distribución de la cuota se tomará en cuenta las mercancías salvadas y las perdidas, cuya estimación se hará con base en el precio en que puedan ser vendidas las salvadas, o hubieron podido ser vendidas las perdidas, no en el precio en que fueron compradas.
c. Si se recuperó mercancía que fue echada al mar, los que han pagado la indemnización, podrán ejercitar la ***actio locati*** contra el armador, para que éste a su vez ejercite la ***actio condicti*** contra los demás transportistas y se devuelva lo cobrado.
d. De la misma manera *el armador* será resarcido por los daños que sufrió el barco, si fueron ocasionados para evitar un naufragio, como si se tuvo que cortar el mástil y echarlo al mar, ya que se trata de un ***periculum commune***, si a pesar de ello, la nave naufraga, se incendia, quienes salvaron sus mercancías de la nave, no deben indemnización al armador del barco.

Si se ha pagado un rescate para recuperar una nave de manos de los *piratas*, todos deberán contribuir, aunque las mercancías hurtadas por los piratas se pierden para sus dueños, por lo que *el seguro no funciona en caso de abordaje pirático*[486].

[486] **PADILLA SAHAGÚN,** Gumesindo; *Derecho Romano*, Cuarta edición, MC Graw Hill, México, 2008.

2. *Aversio*

Mezcla de géneros homogéneos que se da en el transporte marítimo, así por ejemplo, ocurre cuando varios han entregado trigo y éste es depositado sin separar en la bodega del barco, de manera que el *conductor* está obligado a regresar determinadas cantidades de la masa común, *a diferencia de lo que ocurriría en una **locatio conductio operis** regular*, en donde el trigo estaría separado por tablones o depositado en cestas, lo que permitiría la identificación de la mercancía por sus respectivos propietarios. *La responsabilidad del armador es por dolo, culpa y custodia*, pero no responde en caso de ***vis maior***. Aquí no se aplica las reglas de la ***confusio*** y la ***conmixtio***, por lo que en el evento de una controversia, el pretor concede una ***actio oneris aversi.***

3. *Receptum Nautarum Cauponum Stabulariorum*

Los ***nautae*** (*navieros*), ***caupones*** (*mesoneros u hoteleros*) y ***stabularii*** (*estableros*) deben hacer una declaración expresa por la que se comprometen a mantener a salvo (***receptum res salvas fore***) las cosas que los viajeros introducen a la nave, meson o establo, como equipaje y demás enseres, esto es, cosas que no están incluidas dentro del contrato de ***locatio conductio operis***. El edicto del pretor concede una ***actio in factum*** contra el ***nauta, caupo, o stabularius***, por la pérdida o deterioro ocasionado por él mismo o sus dependientes.

El *locador* tiene a su elección, de manera alternativa, el ejercicio de esta acción ***in factum***, si se celebró ***receptum***, o bien el ejercicio de la acción penal por uso o daños.

d. LOCACIÓN DE SERVICIOS O LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM

En la ***locatio conductio operarum*** la prestación consistía en poner a disposición de otro los propios servicios durante un cierto tiempo, a cambio de una remuneración en dinero (**merces**) tenía por objeto servicios de carácter manual análogos a los que prestaban los esclavos (***operae illiberales***). *Quedaban excluidos de esta relación contractual las profesiones o artes liberales, como la del abogado, el médico, el maestro*, que en Roma se ejercieron durante mucho tiempo en forma gratuita. La reclamación de una recompensa que se llamó ***honorarium o munera***, sólo fue posible en el derecho imperial por la ***cognitio extra ordinem***.

En la locación de servicios el *locador* tenía que realizar personalmente la ***operae*** convenida y de ahí que su obligación no se transmitiera a sus herederos. *La obligación del locatario* consistía en el pago del precio pactado y pasaba a sus herederos, por lo cual la muerte no extinguía la relación establecida contractualmente.

3. LA SOCIEDAD (SOCIETAS)

Concepto. Contrato consensual, por el cual dos o más personas "***socii***" se obligan a *aportar algunos bienes o trabajo en común* para obtener un beneficio económico que se repartirán.

FERRINI en su obra ***Le Origini del Contratto di Società in Roma*** define la sociedad como: "...contrato consensual, en virtud del cual varias personas se obligan a cooperar, mediante la aportación de cosas y servicios, a la consecución de un fin lícito y de utilidad común".

Evolución Histórica.

En un principio sólo existió la sociedad constituida por los hijos a la muerte del padre: ***omnium bonorum***.

Más adelante va apareciendo otros tipos de sociedad como: ***la politio***, contrato con el ***politor*** o *agrónomo*, encargado de dirigir los cultivos de un fundo con derecho a participar en una cuota de ganancias.

La societas quaestuariae* o *mercantil, que tenía fines de lucro y que había sido introducida por el derecho de gentes bajo la influencia griega.

Caracteres.

Este contrato presenta los siguientes caracteres:

a. *Consensual*. Queda perfeccionado por el simple consentimiento.
b. *Sinalagmático perfecto*. Desde el momento de su conclusión engendra obligaciones a cargo de todas las partes contratantes.
c. *De buena fe*. En caso de litigio puede el juez apartarse de la letra del contrato y buscar la solución más acertada, conforme a la equidad.
d. ***Intuito personae***. Pues todas las partes son personas elegidas especialmente para la concertación del convenio.

Requisitos.

1. *Consentimiento de las partes*. Podía ser manifestado: oralmente, por escrito o por mensajero.
2. *Aporte de cada uno de los socios*. Cada contratante tenía la obligación de efectuar las aportaciones prometidas. Éstas podían ser de diferente naturaleza, pues uno podía aportar bienes y otras prestaciones de trabajo. Los aportes podían ser iguales o distintos, tanto en su monto como en su naturaleza, ejm. uno aportaba cien y otro mil escudos, o uno en dinero y el otro en bienes muebles o inmuebles. Los bienes aportados podían consistir en cosas, créditos o uso de cosas.

3. *La **affectio societatis***. Vínculo afectivo, que determina a cada uno de los socios a constituir la sociedad, para realizar negocios en común, y partir las utilidades. Este requisito de *intención común de los socios* que era el elemento primordial de la sociedad, servía para distinguirla de la sociedad de indivisión de bienes.

Principios que Rigen las Partes de los Socios en los Beneficios y Pérdidas

a. Si no está expresamente convenido el modo de partir las utilidades y soportar las pérdidas, éstas se atribuyen por partes iguales.
b. Si se ha previsto el modo de partición, debe estarse a lo dispuesto.
c. si en el contrato se ha establecido que se designe a un tercero para que efectúe la partición, debe éste obrar en un todo conforme a la equidad.

Efectos de la Sociedad.

Las sociedades no son personas morales, excepto las "***societates vectigales*** o ***publicanorum***"[487]para la percepción de impuestos, por ellos sólo engendra obligaciones o efectos entre los socios. Cada socio debe efectuar el aporte prometido y si éste es un bien debe garantizar contra evicción y vicios; intervenir en los negocios, salvo convención en contrario; rendir cuenta de su gestión a los demás socios; prestar al negocio el mismo cuidado e interés que a su propio negocio y contribuir en las pérdidas y en el reparto de las ganancias.

Deberes de los Socios:

a. Efectuar la aportación.
b. Cada uno de ellos respondía por la evicción y los efectos ocultos de las cosas aportadas.
c. Cada socio respondía de su dolo y hasta la culpa leve en concreto.

Derechos de los Socios.

a. Cada uno de los socios tenía derecho a dirigir los asuntos sociales, pero generalmente se designaba a uno de ellos para *administrar la sociedad.*
b. *Participar en las ganancias.* Si no se hubiera convenido como se repartieran las ganancias, se consideraría que los socios tenían derecho a partes iguales; las pérdidas se soportaban en la misma proporción en que se participaba de los beneficios, salvo pacto en contrario.

---

[487] ***Societatis Vectigales***: Son organismos que *actúan como intermediarios* entre el Estado y los particulares, para la percepción de impuestos. Sus miembros reciben el nombre de *publicanos.*

Acciones que Nacen de la Sociedad.

Para proteger el contrato de la sociedad, existía la ***actio pro socio***, que permitía hacer efectivas las obligaciones recíprocas de los socios y que también servía para pedir la disolución de la sociedad. Sin embargo, para la disolución del patrimonio social, una vez disuelta la sociedad, se debía ejercer la ***actio communi dividendo***, que es una de las acciones divisorias, precisamente la que servía para pedir la división de la cosa común.

Extinción de las Sociedades.- Las sociedades se extinguen por:

a. Vencimiento del término de duración.
b. Cumplimiento del fin perseguido.
c. Pérdida del capital social.
d. Por el mutuo disentimiento de todos los socios.
e. Por voluntad de una de las partes en sociedad por tiempo ilimitado.
f. Por muerte o ***capitis deminutio máxima*** o ***media*** de un asociado.

4. EL MANDATO (MANDATUM)

Concepto. Es un contrato consensual por el cual una persona llamada ***mandante*** "***mandator***" encarga a otra persona llamada mandatario "***procurator* o *mandatarius***" para que efectuara por cuenta del primero en su interés un negocio, acto o serie de actos.

El mandato se había configurado como contrato en la República tardía por influencia del ***jus gentium***. Antes, sólo habría tenido el carácter de un encargo de confianza que realizaba una persona a favor de otra en atención a los vínculos de amistad que los unían.

La legislación romana desde muy antiguo reguló una institución de caracteres semejantes al mandato, ***la procura***. En el derecho clásico ambas figuras jurídicas aparecen diferenciadas, pues mientras ***el mandato*** *entrañaba la gestión de un servicio singular que se agotaba en cuanto se lo realizaba*, **la procura**, en cambio *consistía en entregar por largo tiempo, generalmente a un esclavo o a un liberto ligado al* ***dominus negotii***, la *administración de todo el patrimonio con las más amplias facultades* (***procurator ómnium bonorum***). Cabían dentro de **la procura** los más variados actos jurídicos y hasta la representación en juicio, en cuyo caso se hablaba del ***procurator ad litem***. ***En el derecho justinianeo mantato y procura constituyeron un solo instituto*** y para algunas de las facultades más sobresalientes del antiguo ***procurator***, se exigió un *mandato especial*, como para enajenar, adquirir la posesión y la propiedad y representar en juicio.

Caracteres: *Este contrato presenta los siguientes caracteres*:

a. Queda perfeccionado por el simple *consentimiento de las partes.*
b. *Sinalagmático imperfecto.* Porque implicaba una obligación esencial a cargo del ***mandatario***, cual era la de ejecutar la gestión en los términos convenidos, pero a la vez podía producir incidentalmente obligaciones a cargo del ***mandante*** (pagar los gastos efectuados para la realización del mandato).
c. *De buena fe.* En caso de demanda judicial puede el juzgador apartarse de la letra del contrato.
d. *Gratuito.* El mandatario no puede recibir pago por su gestión y esta particularidad lo diferenciaba de la locación de servicios. *Como expresión de gratitud*, más que como compensación al servicio prestado, *se admite la posibilidad de que el mandatario reciba un* ***salarium*** que es *exigible* ***extra ordinem*** y *no por medio de la* ***actio mandati contraria.***
e. ***Intuito personae.*** Uno de los motivos determinantes de la conclusión del contrato es la confianza que se dispensa al mandatario.

Requisitos:

1. *Consentimiento.* Siendo el mandato un contrato consensual, se perfecciona sólo con el consentimiento, expreso o tácito, sin necesidad de ninguna otra formalidad.
2. *La licitud del negocio.* El asunto, objeto del mandato debe ser lícito y honesto; cierto y de posible cumplimiento jurídicamente por el mandatario. Debe ser de interés pecuniario del mandante.
3. *Gratuidad.* Es un requisito esencial del mandato, ya que lo contrario sería un alquiler de servicios, sin embargo se admitió para ciertos profesionales como médicos, profesores, abogados, etc., el *mandato con remuneración llamada "**honorarium**".*

Efectos del Mandato.

El ***mandatario*** debía ejecutar el mandato ajustándose a lo asignado por el ***mandante***, debe *rendir cuanta de su gestión*, trasferir al mandante los derechos adquiridos en el ejercicio del mandato y *responder por su dolo o culpa*, si hubiese un mandato conjunto la ley declara a todos solidarios del cumplimiento de sus obligaciones. *El mandante posee la* ***actio mandati directa.***

A su vez *el mandante debe indemnizar al mandatario* por anticipos y perjuicios sufridos en el mandato, tomar para sí las obligaciones derivadas del acto o negocio y responder por el incumplimiento de sus obligaciones. *Si hubiera pluralidad de mandantes, la ley declara a todos solidarios del cumplimiento de sus obligaciones.* ***El mandatario posee la actio mandati contraria.***

Extinción del Mandato. La extinción del mandato se produce por:

a. El cumplimiento del encargo o la imposibilidad de llegar a realizarlo.
b. La llegada del término establecido.
c. La voluntad concorde de las partes.
d. La revocación -***revocatio***- por parte del mandante, si bien sólo produce efectos desde el momento en que el mandatario la conoce.
e. Renuncia -***renuntiatio***- del mandatario. Responde éste de los daños que puede sufrir el mandante cuando la renuncia es hecha intempestivamente, y sin que se apoye en una justa causa.
f. Muerte de cualquiera de las partes, habida cuenta de que el mandato se constituye sobre la base de una relación de confianza. Todavía es de advertir que el mandatario puede dirigirse contra los herederos del mandante, si ha continuado la gestión ignorando la muerte de éste.

4. CONTRATOS INNOMINADOS

Concepto.

El contrato innominado es la *convención* que se hace obligatoria y se transforma en contrato cuando una de las partes cumple su prestación; a partir de este momento la otra parte queda obligada a cumplir con la suya.

En el sistema contractual formado por los *contratos nominados*, que eran los únicos protegidos por acciones, había una insuficiencia debida a la existencia de convenciones que no encajaba dentro de los tipos establecidos, en consecuencia si ambas partes cumplían la convención no había problema, pero si una parte cumplía y transfería una cosa no obtenía contraprestación sólo podía pedir la devolución interponiendo una ***condictio***[488]***causa data causa non secuta*** o también *la* ***condictio ob rem dati re non secuta***, pero si la prestación consistía en un ***facere***, ésta no se puede repetir. Posteriormente el pretor AQUILIO GALO *creó la* ***actio de dolo*** para reprimir el acto doloso. Finalmente se sancionó una acción de cumplimiento en forma ***directa in factum*** atribuida al jurista ARISTON en la época de TRAJANO.

En la compilación justinianea *se asienta el principio de que si dos personas se ponen de acuerdo en orden a realizar una prestación a cambio de otra, y una de ellas realiza la suya, surge para la otra la obligación de cumplir la contraprestación.*

---

[488] ***Condictio***. Intimidación, requerimiento: nombre en que en ocasiones se extiende *a todas las acciones civiles in personam* y que en sentido más propio se aplica únicamente a aquellas cuya intentio expresaba una obligación unilateral de dar o hacer.

Pues bien, las convenciones acogidas al abrigo de tal principio -convenciones que pueden adoptar el más diverso contenido- son agrupadas por los bizantinos bajo la rúbrica **re contratos "*innominados*"**, contraponiéndolas así a las que tienen un ***proprium nomen***, a las que ***transeunt in proprium nomen contractus***.

En un contexto del DIGESTO (D. 19, 5, 5 atribuido a PAULO, pero que ha sido muy alterado por las compilaciones) se clasifican los contratos innominados en cuatro categorías:

a. ***Do ut des*** (doy para que des), si la prestación cumplida y la que debe cumplirse *tiene por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa -permuta-* ejm. doy libertad al esclavo A, para que tu liberes al esclavo B.
b. ***Do ut facias*** (doy para que hagas), cuando una parte da una cosa para que la otra observe un determinado comportamiento -se da una cosa con el fin de que quien la reciba manumita un esclavo de su propiedad- ejm. te doy cien escudos de plata, para que adquieras un esclavo.
c. ***Facio ut des*** (hago para que des), es la hipótesis contraria a la anterior, ejm. libero al esclavo B, para que me des cien escudos de plata.
d. ***Facio ut facias*** (hago para que hagas), si las dos prestaciones se enderezan a un ***facere*** ejm. recojo la cosecha, para que tú la transportes.

Entre los principales contratos innominados que reciben sanción en el derecho justinianeo figuran: ***la permuta, el aestimatum, la entrega de cosas a prueba o examen, el precario*** y ***la transacción***

4.1. LA PERMUTA (*PERMUTATIO*)

El cambio o permuta es un contrato real innominado (***do ut des***), por el cual una persona transfiere a otra la propiedad de una cosa para obtener a cambio la propiedad de otra cosa que la contraparte se obliga a transmitirle. La permuta es perfectamente distinguible de la *promesa de permuta*, que podía, empero, ser fuente de obligación, cuando se hubiere concluido a través de una ***stipulatio***, y que constituía por sí misma ***iusta causa traditionis***[489].

Aunque este contrato no desapareció ni ha desaparecido todavía, al aparecer la moneda, se llegó a la valoración de los objetos materiales y con ello el contrato de compraventa del cual es antecedente, diciéndose que *la compraventa es la permuta perfeccionada,* pero indudablemente el papel de la permuta ha disminuido.

El derecho romano lo consideró un *contrato innominado y real* a diferencia de la venta que era consensual, se perfecciona por la entrega de la cosa, es sina-

---

[489] MONTES, Ángel Cristóbal; op. cit. pg. 585.

lagmático, oneroso, conmutativo y en principio no formal, mientras en la venta el vendedor se obliga a transmitir la posesión pacífica aquí se transmiten ambas partes, el dominio de los objetos.

Si bien es cierto que la doctrina clásica dominante no estimó la permuta como verdadero contrato, no lo es menos que ciertos jurisconsultos sí le atribuyeron tal carácter y que, en tiempos clásicos, la permuta aparece sancionada por una ***ctio civilis***.

Diferencias con la compraventa.

a. Para que la convención adquiera fuerza obligatoria, se hace menester que una de las partes ejecute su obligación.

   En la venta basta el simple consentimiento de los contratantes.

b. Ambas partes desempeñan idéntico papel en la permuta y reciben el mismo nombre: *permutantes.*

   En la venta se distinguen dos partes perfectamente diferenciadas: el comprador y el vendedor, cuya función es diametralmente distinta.

c. *En la permuta, cada una de las partes está obligada a transmitir a la otra la propiedad de la cosa permutada.*

   En la venta es suficiente que se transfiera la posesión pacífica y duradera de la cosa.

d. La parte que ha ejecutado su obligación dispone del derecho de rescindir la venta por medio de la ***actio praescriptis verbis***[490].

   En la venta, la rescisión del contrato puede efectuarse solamente en el caso de haber sido expresamente estipulada.

Concluyamos, de acuerdo con el romanista ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES, antes referido, señalando como efectos de la permuta que, por la misma, quien recibió la cosa deviene en propietario de ella, con independencia de que haya dado o no cumplimiento a la contraprestación, si bien queda obligado a su verificación.

Extendidas a la permuta las reglas sobre *saneamiento*, propias de la compraventa, ambas partes contratantes venían recíprocamente obligadas a responder de los *vicios ocultos* de las cosas permutadas.

---

[490] ***Actio praescriptis vebis.*** Acción civil, ***in ius***, de buena fe y arbitraria, sancionadora de las obligaciones nacidas en los *contratos innominados* y concedida a aquella parte que ha cumplido su prestación, para obtener la ejecución de la contraprestación debida o una indemnización equivalente.

También, ambas partes están obligadas a la *responsabilidad por evicción*, cundo la cosa recibida no era propiedad de quien se la entregó en permuta[491].

4.2. EL AESTIMATUM (CONTRATO ESTIMATORIO)

Consiste este contrato en la entrega que hace una persona de una cosa estimada en un valor determinado a otra persona que la puede vender, si luego de cierto tiempo no la vende debe devolverla, si la venta es por más del precio estimada o por menos, el primero sólo podrá requerir el valor estimado. El ***comisionado*** obtiene para sí las ganancias y corre con los riesgos de pérdida o deterioro.

Es lo que hoy consideramos ***venta a consignación*** y su aplicación práctica estriba en la entrega de mercancía por un comerciante al mayor a los comerciantes ambulantes.

Se discutió en la jurisprudencia clásica *si el **aestimatum** configuraba una venta, un mandato o un arrendamiento de cosas o de obras, con todo los cuales presentaba ciertas semejanzas.* Fue en el **derecho justinianeo** donde alcanzó la categoría de contrato innominado a través de la concesión de ***la actio preaescriptis verbis***, calificada para el caso de la ***aestimatoria***, acción por la cual se podían hacer exigibles las obligaciones provenientes del negocio.

RICARDO PANERO, precisa alguna de sus diferencias respecto a tales contratos. a) *No es una compraventa*, porque el adquirente no se obliga, en todo caso, a entregar el "precio" de estimación y puede restituir la cosa si no consigue venderla; b) *Tampoco es un arrendamiento*, porque el riesgo de perecimiento de la cosa, antes de su venta compete a quien la recibe y no a quien la entrega; c) *Tampoco es un mandato de enajenar*, porque quien asume "*vender la cosa*" no está vinculado, necesariamente a su cumplimiento y además puede obtener un beneficio -no sería, pues, gratuito[492]- si la vende por un precio superior al "fijado" que quedará en su poder. y d) *No es sociedad*, porque se excluye a quien entrega la cosa de la posible participación en lo que exceda de su "estima"[493].

4.3. LA ENTREGA DE COSAS A PRUEBA O EXAMEN, *DATIO AD EXPERIENDUM INSPICIENDUM VENDENDUM*

Bajo esta genérica denominación -y como de ella se desprende- se engloban aquellos contratos en virtud de los cuales una persona entrega a otra alguna cosa

---

[491] MONTES, Ángel Cristóbal; op. cit. pg. 587.

[492] Según **Paulo**: Esta acción es útil -***Haec actio utilis est***- también si medió retribución -***et si merces intervenit***-.

[493] PANERO GUTIERREZ, Ricardo; op. cit., pg. 678 y 679.

para que la pruebe -***experire***- o examine -***inspicere***- y, así, pueda adquirirla -***ad vendendum***- o conocer su valor o composición.

En derecho clásico se intenta proteger al transmitente ante la conducta desleal del receptor -***accipiens***- por la vía de encajar sus distintos supuestos en otras figuras "típicas" de contratos. Estas serán, según las concretas circunstancias de cada caso, el comodato, el depósito o el arrendamiento. (La variedad de casos impide detenernos, como en los demás contratos, sobre sus posibles analogías y diferencias con ellos, refiere Panero Gutiérrez).

Con JUSTINIANO, se resuelve la problemática, configurando tales supuestos como *contratos innominados* y protegiéndose por la ***actio praescriptis verbis***[494].

4.4. EL PRECARIUM (PRECARIO)

El precario -***precarium***- de ***prex*** - ***precis*** - ruego. Es el contrato por el cual una persona -concedente, ***precario dans*** -entrega a otra -precarista, ***precario accipiens***- una cosa para que la use, gratuitamente, y devuelva cuando se le pida[495].

Su origen es muy remoto y quizá se encuentre, como se suele destacar en la doctrina, en la antigua sociedad romana y en las especiales relaciones que se dan entre el patrono y sus clientes, y en las de aquél, a "*ruegos*" de éstos, les dejaban disfrutar de sus tierras o algunas otras cosas.

Por tanto, en sus inicios, el precario no constituía contrato, y, en consecuencia, no generaba vínculo obligatorio alguno entre las partes, ni el concedente, en base a la concesión, disponía de acción contra el precarista.

La posesión del precarista que se negaba a devolver la cosa a requerimiento de la otra parte, se consideraba una posesión viciosa. Esto determinó que se concediera un interdicto especial, ***el interdictum de precario***, por cuyo medio el *concedente* podía recuperar la posesión de la cosa sin perjuicio de la *acción reivindicatoria* que le competía en cuanto era propietario.

También el precarista vio favorecida su situación, pues fue reconocido como poseedor y, por tanto, gozó de la tutela de los interdictos posesorios contra perturbaciones y despojos; es decir, el precarista vino a ser un auténtico *posesor* en sentido técnico. Empero, la protección interdictal en nada le servía contra el concedente que le hubiera desalojado del predio, pues éste podía oponerle la ***exceptio precariae possessionis***, neutralizadora del interdicto[496].

---

[494] PANERO GUTIERREZ, Ricardo; op. cit. pg. 681 y 682.

[495] PANERO GUTIERREZ, Ricardo; op. cit. pg. 683.

[496] MONTES, Ángel Cristóbal; op. cit. pg. 591.

De esta suerte, de la relación que el precario creaba entre las partes no nacían efectos obligatorios, éstos fueron reconocidos sólo en el derecho justinianeo cuando la institución entró en la categoría de los contratos innominados, pudiendo entonces el cedente exigir el cumplimiento de la obligación del precarista de restituir la cosa en uso, mediante la ***actio praescriptis verbis***.

En cuanto a la naturaleza jurídica, se debe distinguir de la donación y del comodato, figuras con las que guarda analogías.

Respecto de la donación, es preciso recordar: a) La libre revocación del precario y por tanto su carácter temporal y b) El no ser ***iusta causa traditionis*** que posibilite la adquisición de la propiedad del objeto cuyo uso se cede. Circunstancias que no se dan en la donación.

Mayores analogías presenta con el comodato ya que a fin de cuenta se trata de la cesión temporal y gratuita del uso de una cosa. *Sin embargo también existen diferencias*. Así: a) Respecto a su naturaleza contractual, ya que el precario es un contrato innominado y el comodato es un contrato real; b) Respecto a la distinta situación del precarista y del comodatario, pues aquél es poseedor y éste detentador -***possessor naturalis***-; c) Respecto al objeto, pues el precario además de cosas materiales puede recaer *sobre derechos*; d) Respecto al contenido, porque el uso de la cosa es más amplio en el precario pues es *in genere* y en el comodato está restringido en el modo, en el fin o en el tiempo; e) Respecto a la tutela jurídica del concedente y comodante, ***actio praescripti verbis*** y ***actio comodati***, respectivamente; y F) respecto a la extinción, ya que el precario es siempre revocable y no así el comodato[497].

4.5. LA TRANSACCIÓN

La transacción -***transactio***- es un acuerdo por el que las partes, mediante concesiones recíprocas -***aliquo dato aliquo retento***-, ponen fin a un litigio ya iniciado o que puede sobrevenir. En el derecho justinianeo con la concesión de la ***actio praescriptis verbis***, *la transacción es incluida en el marco de los contratos innominados.*

Veamos cómo, al respecto, se expresa una constitución de Alejandro Severo:

"Puesto que decís que, promovida la ***querela inoficiosi testamenti***, vuestra madre transigió con la parte contraria, con la condición de que recibiría parte de los bienes y abandonaría el pleito, no permite la razón de derecho que, habiendo desistido una vez de la ***querela***, se renueve por vosotros, que sois herederos de

[497] PANERO GUTIERREZ, Ricardo; op. cit. pg. 684 y 685.

vuestra madre. En cambio, si no se dio cumplimiento a lo convenido, demandaréis rectamente a la parte contraria por lo que interese pues, o compete la ***actio ex stipulatu***, si se ha unido una estipulación a la convención, o, si fue omitida la obligación verbal, se ha de dar la ***actio utilis praescriptis verbis***, que indicará el negocio concluido"[498].

En cuanto a su evolución histórica, basta señalar: a) que su origen se remonta al ***pactum*** o acuerdo de composición de hecho entre ofensor y ofendido, por razón de un delito; b) que en el derecho clásico no es un acto jurídico "típico", sino mero acuerdo que puede ser causa de un acto abstracto -como la ***stipulatio***- a través del cual las partes realizarían sus mutuas concesiones; c) que poco a poco, va asumiendo fisonomía propia y así resulta contemplado en materia hereditaria y de alimentos; d) que en el derecho postclásico se exige el requisito de la forma escrita y e) que JUSTINIANO como se ha dicho la tutela con la ***actio praescriptis verbis*** y *se encuadra entre los contratos innominados*[499].

5. LOS CUASICONTRATOS

El cuasicontrato como relación obligatoria es ***análogo al contrato***. En efecto si por una parte se distingue del contrato por razón de la *falta de un consentimiento verdadero y propio, expreso o tácito, por otra se le parece porque de ordinario se funda en un consentimiento presunto*, es decir, que, con motivo de ciertos hechos realizados por las partes, se presume que hubieran consentido en la conclusión de determinado contrato. *Todo cuasicontrato se forma a imagen de un contrato y se sujeta a la teoría de éste*, que le sirve de tipo, salvo las modificaciones requeridas por la misma naturaleza de las cosas[500].

Entre las cuatro fuentes de las obligaciones tenemos también el cuasicontrato, ya que el derecho romano consideró que aquellas obligaciones que no provenían propiamente de un contrato pero tampoco derivaban de un delito, podían provenir de una figura afín al contrato y decía que se originaban ***quasi ex contractu***, y los intérpretes terminaron por denominarlos ***cuasicontratos***.

Caen dentro de esta fuente especial de obligaciones diversas especies particulares de relaciones no contractuales que tienen la virtualidad de generar una ***obligatio***. Entre ellas nos referiremos al ***legatum per damnationem*** y ***legatum sinendi modo***, a la ***pollicitatio*** y el ***votum***, y luego estudiaremos los cuasicontratos más conocidos.

---

[498] C. 2, 4, 6; C. 2, 3, 7; C. 2, 4, 33, 34.
[499] PANERO GUTIERREZ, Ricardo; op. cit. pg. 682 y 683.
[500] SERAFINI, Felipe; *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo II, op. cit., pg. 234 y 235.

El ***legatum per damnationem*** era una disposición testamentaria que imponía al heredero la obligación de transmitir al legatario alguna cosa que podía pertenecer a la herencia, al heredero o a un tercero. *El* ***legado damnatario*** *creaba así una* ***obligatio*** a cargo del ***heres*** que el legatario podía exigir mediante una acción personal (***condictio certae creditae pecuniae, condictio certae rei***).

El ***legatum sinendi modo***, por el cual el testador ordenaba al heredero que permitiera que el legatario se apropiara de un bien de la herencia o del heredero. *En este legado, llamado "****permisivo****"*, el heredero estaba obligado no a transmitir una cosa, sino a tolerar una apropiación (***non facere***), teniendo a su favor el legatario una acción personal ***incerti*** para lograr el cumplimiento del legado (***actio ex testamento***).

La ***pollicitatio*** y ***el votum*** eran *promesas unilaterales realizadas por una persona a la ciudad o a la divinidad* y *tenían por objeto la ejecución de una obra o la entrega de una cosa a favor de ellas.* El cumplimiento de las obligaciones que se creaban para la ciudad o divinidad por medio de tales declaraciones de voluntad, se podían hacer valer por vía de la ***cognitio extra ordinem***[501].

Algunos de los casos más conocidos de cuasicontratos son: ***la gestión de negocios, el enriquecimiento ilegítimo, el pago indebido*** y el caso previsto en ***la Lex Rhodia de Iactu***[502].

5.1. LA GESTIÓN DE NEGOCIOS (NEGOTIORUM GESTIO)

Noción según Serafini.- La gestión de negocios es un *cuasicontrato* por el que una persona, útilmente y sin haber recibido para ello mandato, desempeña a sabiendas los negocios de otra, con intención de obligarla. De esta definición se infiere la necesidad de *concurrencia de dos elementos para la existencia de la* ***negotiorum gestio***: uno de hecho, esto es, *acto de gestión, sea material o jurídico,* ***utiliter coeptum***, y *la intención de gestionar un negocio ajeno*, al desempeñar aquel acto (***animus negotia aliena gerendi***)[503].

El Código Civil Peruano de 1852, dentro de los *cuasicontratos* considera a la *Gestión de negocios*, en su art. 2112 prescribe: "El que sin ser mandatario se encarga voluntariamente de desempeñar los negocios o de administrar los bienes de otro, que lo ignora por hallarse ausente o tener algún impedimento, está obligado

---

[501] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 311 y 312.

[502] ***El Código Civil Peruano de 1852***, regula los *cuasi contratos* en sus arts. 2111 al 2127.- "Son cuasicontratos, los hechos lícitos por los cuales quedan los hombres sujetos a una obligación, en virtud de un consentimiento presumido por equidad" (art. 2111). Dentro de los cuasicontratos el Código, señala: *Gestión de negocios* y *Pago indebido.*

[503] SERAFINI, Felipe; *Instituciones de Derecho Romano, Tomo II*, pg. 235 y 236.

a dirigir o manejar útilmente y en provecho del dueño, los negocios o la administración que toma sobre sí. *Este encargo espontáneo se llama **gestión de negocios***; y el que lo desempeña, ***gestor***".

Era necesario que el gestor obrara por su propia iniciativa, que supiera que el negocio gestionado era ajeno y que realizará la gestión en interés del patrimonio del titular, ya fuera para beneficiarlo o para evitarle un perjuicio.

De la gestión de negocios nacen obligaciones parecidas a las del mandato.

Obligaciones del gerente.- El gerente o gestor está obligado:

1° A terminar los negocios empezados, aun cuando el ***dominus*** fallezca durante la gestión de ellos;

2° A emplear la diligencia de un buen padre de familia;

3° A rendir cuenta de la gestión y *restituir al* ***dominus*** todo lo recibido por cuenta de éste, con sus frutos e intereses.

Para obtener el cumplimiento de estas obligaciones, el *dueño tiene la* ***actio negotiorum gestorum directa***.

Obligaciones del "dominus".- El ***dominus rei gestae*** está obligado:

1° A librar al gerente de todas las obligaciones contraídas en el desempeño de la gestión;

2° *A reembolsarle de todas las impensas necesarias y útiles* hechas por razón de la misma.

La acción correspondiente al gerente es la ***actio negotiorum gestorum contraria***.

La gestión ratificada vale, respecto al ***dominus genotii***, como si desde su origen se hubiesen realizado en virtud de su mandato.

5.2. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

El enriquecimiento injusto, o *ilegítimo* o *enriquecimiento sin causa*, se daba cuando una persona obtuviera una ganancia a costa de otra sin que mediara una causa jurídica; es decir, cuando dicha ganancia proviniera de una relación injustificada.

No existió en Roma una forma genérica de enriquecimiento sin causa, cada situación origina una sanción legal intentándose la "***condictio***"[504].

---

[504] ***La condictio*** constituye un *procedimiento especial* dentro del sistema procesal romano *de las acciones de la ley*; *en el sistema formulario* es una ***actio de derecho estricto in personam*** cuyo **objeto** es ***certam pecuniam dari*** o ***aliam certam rem dari*** y cuya

El derecho clásico otorgó diversas acciones para que el perjudicado lograra una indemnización por el perjuicio sufrido.

Las Principales Acciones Eran las Siguientes:

a. ***Actio furtiva.*** Para obtener la restitución.
b. ***Condictio ob rem datum.*** Para obtener lo entregado por *causa futura* que no se realiza ejm. entrega de un documento en razón de un préstamo que luego no se otorga.
c. ***Condictio ob turpen vel injustam causam.*** Fue la acción para exigir la devolución de algún valor entregado en vista de una causa inmoral o ilícita para quien lo recibió ejm. que una persona se haga prometer una suma de dinero para abstenerse de cometer un homicidio.
d. ***Condictio causa data causa non secuta.*** Esta acción servía para pedir la restitución de una cosa entregada en virtud de un contrato innominado.
e. ***Condictio indebti.*** En caso de pago indebido.
f. ***Condictio sine causa.*** Cuando una persona se obliga a otra sin causa o que si la causa existió en un principio, dejó de existir luego ejm. constituir dote a una mujer que está por casarse, pero luego resuelve no hacerlo.

Para que proceda la "***condictio***" **se requiere un enriquecimiento a costa de otra persona**, que no exista voluntad del perjudicado y que el acto sea injusto.

5.3. PAGO INDEBIDO

El pago de lo indebido es un *cuasicontrato*, en virtud del cual, *el que recibe una cosa que no se debía, y le fue pagada por error, contrae la obligación de restituirla.*

El Código Civil Peruano de 1852 dentro de los *cuasicontratos* considera el *pago indebido,* el art. 2119, prescribe: "El que ha pagado alguna cosa por error de haberse creído deudor de ella, tiene derecho a recobrarla del que la recibió indebidamente. Se restituirá el valor de la cosa, si ha sido enajenada; pero el que de buena fe la recibió, aunque indebidamente, sólo devolverá el precio en que la haya vendido".

Efectos.

Produce efectos análogos al mutuo, en cuanto nace de él la obligación de restituir.

---

intentio es abstracta, esto es, no expresa la causa de la obligación. Se da la *condictio en todos los casos en que hay un débito civil*, consistente en un *certum dare* y, por consiguiente, es como una acción derivada del mutuo, del contrato literal, de la estipulación y también como una acción nacida del hurto y de los casos de retención injusta.

a. El que se obliga bajo condición suspensiva, y paga mientras ésta se halla pendiente, puede repetir lo dado.
b. Si el deudor paga más de lo debido, puede repetir lo pagado por exceso.
c. Si la obligación es a plazo estipulado en beneficio del deudor, y éste paga antes del vencimiento, ese pago será válido e incuestionable, pues la obligación existe efectivamente.
d. *Si el deudor paga una obligación natural, no puede repetir.*

La acción mediante la cual puede repetirse lo indebido se llama ***condictio indebiti***; corresponde al que hizo el pago y a sus herederos, contra el que recibió el pago indebido y los suyos, y *tiene por objeto obtener la restitución de lo pagado indebidamente* y *por error excusable, pero sólo hasta la cantidad en que se haya enriquecido el demandado, en el caso de hallarse en buena fe.* La obligación de la prueba en la ***condictio indebiti*** fue regulada de un modo particular por JUSTINIANO, especialmente respecto del pupilo y de la mujer[505].

En nuestro ordenamiento jurídico, el ***pago indebido****, es una forma de enriquecimiento ilícito* y era anteriormente considerado como un *cuasi contrato*, lo mismo que la gestión de negocios y la comunidad de herencia, figuras que el Código derogado (de 1852) agrupaba bajo la indicada denominación. Abolida en el nuevo código la figura del *cuasi contrato*, asimilando a las obligaciones legales las llamadas cuasi contractuales el pago indebido ha sido legislado por él a continuación del pago normal por razón de afinidad[506].

5.4. LEX RHODIA DE IACTU

Desde la época republicana, los juristas acudían, *en caso de averías y daños en el transporte marítimo*, a una ordenación helenística del comercio mediterráneo que se conoce con el nombre de ***Lex Rhodia de iactu***. ANTONINO PÍO decía de esta ley "***yo soy señor del Orbe, pero la Ley Rhodia es señora del mar***". "Dispone la ***Lex Rhodia*** que si para aligerar la nave se hubiesen echado al mar unas mercancías, se resarcirá con la contribución de todos los propietarios de las mercancías el daño que en beneficio de todos se causó" (D. 14. 2. 1)[507].

Si, peligrando la nave, se hizo la echazón de mercancías, los propietarios de las mercancías perdidas, si arrendaron su transporte, deben ejercitar contra el patrón de la nave la *acción de locación*, y después puede éste ejercitar contra

[505] SERAFINI, Felipe; *Instituciones de Derecho Romano, Tomo II*, op. cit. pg. 238.
[506] BADANI CHÁVEZ, Rosendo; *Obligaciones y Contratos, Priemera Parte*, Imprenta Editora Atlántida S.A., Lima, pg. 180, referente las Obligaciones reguladas por el Código civil de 1936 (art. 1237).
[507] GARCÍA GARRIDO, Manuel J.; op. cit. pg. 708.

aquéllos cuyas mercancías se salvaron la *acción de conducción*, para que se reparta proporcionalmente el perjuicio. Respondió SERVIO que debía ejercitar contra el patrón de la nave la acción de locación, para que retenga las mercancías de los demás transportes hasta que paguen la parte de daño (D. 14. 2. 2).

Las Leyes de la isla de Rhodas, *de carácter comercial, cuyo contenido se aplicó en derecho romano desde final de la República*; establecen que si para lograr salvar un navío es necesario arrojar al mar una parte de su cargamento, deben repararse las pérdidas sufridas por el propietario de las mercancías arrojadas, entre el armador del navío y los demás cargadores (Paulo 2, 7, D. 14, 2).

La Lex Rhodia de Iactu *regulaba el contrato de transporte marítimo.*

Esta Ley permite que en caso de peligro, aligerar el peso de un buque, echando por la borda cosas al mar.

Como no era justo que solamente el propietario de las cosas arrojadas experimentase el perjuicio, pues, el alije beneficiaba a los demás cargadores y al propio capitán del buque, se estableció que éstos últimos debían indemnizar al damnificado, en la medida que se hubiesen beneficiado con la echazón.

Requisitos:

a. *Perjuicio* soportado por una persona (cargador).
b. *Que ese perjuicio tenga origen en las contingencias de la navegación*.
c. Que por alije efectuado, se beneficien otras personas (cargadores, capitán, etc.).

Efectos:

El propietario de las mercancías sacrificadas puede reclamar indemnización por la ***actio locati***, si era cargador y por la ***actio conducti*** *si se trata del capitán del navío.*

Los dueños de los productos arrojados al mar tenían a su favor la "***actio locati***" contra el armador, y éste disponía, a su vez de la "***actio conducti***" contra los propietarios de las mercaderías salvadas del siniestro. El reparto de las pérdidas producidas por la echazón se hacía en proporción del valor del navío y del cargamento salvado.

Capítulo IV
LOS PACTOS Y DONACIÓN

1. CONCEPTO DE PACTOS

Pacto según las fuentes romanas es el *acuerdo de voluntades entre dos o más personas realizado sin formalidad alguna*. Según el antiguo derecho, tales acuerdos sólo podían generar ***obligatio***, si se realizaban en las formas prescritas por el ***ius civile*** o por las causas reconocidas por el ***ius gentium***, de lo contrario eran simples pactos desprovistos de acción, llamados ***nudum pactum*** (*nuda pacta*).

Al adquirir preponderancia en las obligaciones el *elemento subjetivo*, la ***voluntas*** y el ***consensus***, se fue reconociendo cierta protección a los pactos que no fuesen contrarios a las leyes o en fraude a una de las partes concediéndoles una ***exceptio pacti conventi*** a favor del contratante cuando la otra parte hubiera actuado judicialmente en contradicción con el acuerdo celebrado.

El pacto puede ir unido a un contrato ***in continenti*** cuando el pacto se adhería a un contrato de buena fe, *ya al principio del contrato*, ***in ingressu contractus***, *ya después de su conclusión*, pero antes de que las partes hayan procedido a otros actos. ***Ex intervallo*** *cuando el pacto se hace después de formado el contrato*, y cuando las partes se han entregado a otras ocupaciones. ***Los pactos agregados o adjuntos*** (***pacta adiecta***) tuvieron igual eficacia jurídica que los ***pactos in conventi***.

Más adelante *el pretor*, mediante su potestad jurisdiccional *concedió una acción*, por lo común ***in factum***, para garantizar la protección de las relaciones que tenían su fundamento sólo en el acuerdo de las partes, independientemente de la existencia de un acuerdo al cual se hubiesen agregado. Creándose los llamados ***pactos pretorios*** (***pacta praetoria***).

En el derecho imperial se reconoció fuerza obligatoria, por medio de constituciones imperiales, a ciertos acuerdos de voluntades que se concertaban por pacto y que hasta entonces estaban desprovistos de tutela legal. Otorgándoles a

tales acuerdos una acción especial para exigir su cumplimiento, ***la condictio ex lege***, lo cual hizo que se denominaran ***pactos legítimos*** (***pacta legitima***).

Al principio los pactos, sólo daban origen a obligaciones naturales. Éstos eran los ***pactos nudos*** pero, con el tiempo, tanto el pretor como la legislación imperial los dota de una eficacia procesal, creándose la categoría de ***pactos vestidos*** según los comentaristas.

2. DIVISIÓN DE LOS PACTOS

Como se ha visto anteriormente, *los pactos vestidos se dividen en*: pactos adyectos (***pacta adiecta***), pactos praetorios (***pacta praetoria***) y pactos legítimos (***pacta legitima***).

2.1. PACTA ADIECTA

Se trata de *acuerdos complementarios añadidos a un contrato*, normalmente de *buena fe* ya para agravar las obligaciones de una de las partes, ya para disminuirlas. Por vía de ***exceptio***, los deudores demandados podían hacer valer aquellos pactos que modificaban favorablemente sus obligaciones que hubieran sido *agregados* ya ***in continenti***, ya ***ex intervallo***[508].

El pacto *unido in continente* a un contrato de buena fe forma parte integrante de él. Da la misma medida de obligación, y el acreedor puede reclamar su ejecución por la acción nacida del contrato. Así, *en una venta*, mediante pacto hecho ***in continente*** ha sido convenido que el comprador suministraría fiadores para garantizar el pago del préstamo: *el vendedor* tiene la ***actio venditi*** para obtener la seguridad prometida. *En los pactos resolutorios de compraventa*, cuando son hechos ***in continenti***, *el vendedor* puede perseguir su ejecución por la ***actio venditi***.

El pacto unido ***ex intervalo*** a un contrato de buena fe sólo tiene el valor de un *pacto aislado*. No da acción. Pero cuando la parte a quien aprovecha tiene el papel de demandado puede valerse de ello oponiendo a la acción del acreedor ***la exceptio pacti***. Así, tras una venta las partes convienen ***ex intervallo*** que el vendedor, al proporcionar la ***cautio dudae***, deberá dar un fiador; el *comprador no tiene la acción* ***empti*** para exigirlo, pero si no ha pagado el precio y es perseguido por el vendedor, puede oponerle la ***exceptio pacti***, y negarse a pagar en tanto que el vendedor no haya suministrado el fiador que ha prometido.

Sin embargo, hay que señalar una hipótesis en que el pacto, unido ***ex intervallo*** a un contrato de buena fe, producía pleno y entero efecto, y era sancionado

[508] ARGÜELLO, Luis Rodolfo, op. cit. pg. 305.

como el contrato mismo, es cuando se trata de un contrato consensual y las partes, antes de iniciar la ejecución, han modificado por pacto uno de los elementos esenciales; en este caso, se consideran como habiendo disuelto el primer contrato, y haber formado uno nuevo.

Los principales ***pacta adiecta*** fueron *los que se adherían a la compraventa* que se han estudiado al tratar de dicha institución.

2.2. PACTA PRAETORIA

Nacidos del poder jurisdiccional del *pretor* que concedió ***actiones in factum conceptae*** para exigir su cumplimiento, los pactos pretorios tuvieron fuerza obligatoria, no sólo para engendrar derechos de crédito, sino también para constituir derechos reales como ocurrió con el ***pactum hypothecae***.

***Entre los pactos pretorios figuran los siguientes*:**

a. ***El "constitutum debiti"***.- Es la fijación de un término a la prestación, e implícitamente la promesa no formal de cumplir una obligación, ya existente de entregar una determinada cantidad de dinero en cierto día o también de garantizar el pago de un crédito (Ulpiano D. 13, 5, 14 pr. 2). La acción derivada del ***constitutum*** es llamada la de ***pecunia constituta*** y sigue el modelo de la acción propia del préstamo (***condictio***). Procura al actor el interés calculado objetivamente en función del tiempo, esto es, el mayor valor que la prestación hubiera alcanzado en el intervalo entre el término puesto a la obligación y el ejercicio de la acción.

   Si un débito ajeno es objeto de constitutum (***constitutum debiti alieni***), el efecto de éste es similar al de la *fianza*. JUSTINIANO permite este ***constitutum*** relativamente a toda prestación que puede ser objeto de una ***stipulatio***.

b. ***El "receptum"***.- Este negocio se presentaba cuando una de las partes asumía una responsabilidad por medio de *un pacto* (de influjo helenístico). Se dan tres formas típicas.

   1. ***Receptum arbitri***. Si las partes contendientes conciertan entre sí un ***compromissum*** y asume un tercero designado por convenio de éstos (***arbiter***), la función de resolver el conflicto entre ellos surgido, podrá el pretor forzarle a que la cumplan, por medios coercitivos, sin necesidad de acción ni sentencia.

      Este ***compromissum*** suele asegurar el cumplimiento del ***laudo arbitral*** que recaiga, mediante la estipulación de una pena impuesta a la parte que no acate la resolución del ***arbiter***. JUSTINIANO estima suficiente el contrato arbitral escrito, aunque no contenga clásusula estipulatoria.

2. ***Receptum argentarii.*** Con el ***receptum argentarii***, sin formalidad alguna, asume la garantía de que otra parte recibirá un pago del mismo banquero o de tercera persona. El acreedor tiene una ***actio recepticia.***
3. ***Receptum nautarum, cauponum et stabularium***, responden los navieros, posaderos y dueños de cuadras (independientemente de la *locatio conductio* que les obliga con sus huéspedes, viajeros y dueños de caballerías) por las cosas que los viajeros introdujeron en la nave, posada o cuadra (***caupo*** - posadero, ***stabularius*** - cuadras o caballerizas), mediante una ***acción pretoria*** (***actio de receptio***).

c. ***El juramento voluntario.*** (***iusiurandum voluntarium***).- La figura del juramento voluntario se presentaba cuando las partes en litigio se presentaban a dirimirlo haciéndolo depender de la fe del juramento de una de ellas. Este pacto podía exigirse mediante ***una actio in factum*** y daba lugar también a ***una exceptio*** para enervar la acción que intentaba hacer valer quien había prestado el juramento y no lo cumplía, faltando al compromiso asumido.

2.3. PACTA LEGÍTIMA

Bajo la denominación de *pactos legítimos* los comentaristas han agregado, *convenciones desprovistas de formalidades* cuya fuerza obligatoria provenía de *constituciones imperiales* y cuya ejecución podía hacerse efectiva por una ***condictio ex lege.*** Entre estos pactos merecen citarse: *el pacto de intereses, la promesa de dote, el pacto de compromiso* y *la donación.*

En cuanto al pacto de intereses, en el contrato de *mutuo*, se introdujo en Roma esta modalidad, especialmente tratándose de préstamo de dinero de convenir intereses (***usurae***). Los intereses sólo podían ser reclamados cuando se los hubiera establecido por una estipulación especial (***stipulatio usurarum***) que otorgaba una acción independiente emanada del contrato estipulatorio. Procedía este pacto también en préstamos al fisco, las ciudades o los banqueros.

El pactum dotis, por el que una persona prometía constituir dote, y que alcanzó eficacia obligatoria con los emperadores TEODOSIO II y JUSTINIANO.

El pacto de compromiso (***pactum ex compromisso***), era una convención mediante la cual las partes se obligaban a someter la decisión de un litigio al juicio de un tercero que actuaba como árbitro, llegó a ser obligatorio en el derecho justinianeo al otorgársele una ***actio in factum*** cuando el ***laudo arbitral*** hubiese sido suscrito por las partes y no lo hubieran impugnado dentro de diez días.

Estudio especial merece, dentro de los pactos legítimos, ***el pactum donationis***, porque la donación adquirió relevancia en el derecho justinianeo imprimiéndole un carácter de institución especial.

3. LA DONACIÓN

3.1. ESENCIA Y EFECTOS

La donación (***donatio***) consiste en una atribución que donante y donatario convienen que sea gratuita. La atribución puede ser objeto de un negocio, de la esfera propia de los derechos reales; así, por ej. La transmisión de una cosa o la constitución de un derecho real; puede también ser un negocio de carácter obligacional, como el que consiste en contraer una obligación por ***stipulatio***, o en la cesión de un crédito, la asunción de una obligación ajena, en la remisión de un débito. Puede también consistir en una actividad de carácter puramente fáctico.

El consentimiento sobre la gratuidad supone *la voluntad de donar por parte del donante*, la cual ya en el derecho clásico recibe el nombre de ***animus donandi***. Conceptualmente este elemento no aparece independizado, y produce efecto sólo cuando la persona a quien es hecha la donación se halla dispuesta a aceptarla (Paulo D. 39, 5, 34).

La donación en derecho clásico no constituye todavía causa independiente de una obligación, no es un especial tipo de negocio jurídico, y sí una causa jurídica, ***causa donandi***, que justifica o legítima las indicadas atribuciones patrimoniales.

Una ley de CONSTANTINO prescribe una nueva forma independiente para la donación y hace de ésta un negocio típico. La forma prescrita exige además de la transmisión material, la extensión de un documento y la inscripción oficial (***insinuatio***).

Según el DIGESTO, las donaciones pueden ser de diferentes clases. Se puede dar con la intención de que algo se haga inmediatamente del donatario y en ningún caso pueda volver al donante, pues se hace sin más causa que el realizar un acto de liberalidad y munificencia: esta es la donación propiamente dicha. Se puede dar también para que algo se haga del donatario tan pronto como suceda un hecho: ésta no será propiamente donación, pues todo el acto depende de una condición. Tampoco se llama propiamente donación cuando se da con la intención de que algo se haga inmediatamente del donatario, pero queriendo que vuelva al donante si ocurre algún hecho o deja de ocurrir: pues ésta es enteramente una donación que se resuelve por una condición; de esta clase es la *donación a causa de muerte* (D. 39. 5. 1).

***Requisitos. La donación debía reunir los siguientes requisitos*:**

a. *Empobrecimiento del donante*; esto es, que en virtud de la donación se opere una disminución en su patrimonio.

b. *Enriquecimiento del donatario.*
c. Que el donante obrara con ***animus donandi***; es decir, que tuviera realmente la intención de realizar un acto de liberalidad.
d. *Consentimiento del donatario*, excepto en el caso del pago hecho por el donante a un acreedor del donatario.
e. *Debe revestir carácter irrevocable*. Este principio es derogado en caso de ingratitud del donatario hacia el donante, o por incumplimiento de los cargos que éste hubiese encomendado a aquél, como requisito previo a la adquisición del beneficio.

La donación se podía hacer mediante entrega o promesa y por medio del perdón que de una deuda le hacía el donante al donatario.

Figuras. *Las donaciones podían presentar distintos matices que dieron lugar a distintas figuras*:

Según que los efectos de la donación se produjeran en vida del donante o estuvieran condicionados a la circunstancia de que éste premuriera al donatario, se distinguía la ***donation inter vivos*** de la ***donatio motis causa***. Tratándose aquí de la primera, ya que la donación por causa de muerte se estudiará en el derecho sucesorio, por su vinculación con él.

Donaciones "inter vivos". En sentido estricto la ***donación inter vivos*** comprendía los actos gratuitos de disposición, cumplidos en vida del donante y del donatario, por los cuales el primero expresaba la intención de beneficiar al segundo sin esperar compensación alguna.

3.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. *Derecho antiguo*

Tres fueron los procedimientos usados para hacer la donación:

a. ***Datio***. Se transfiere al donatario la propiedad de la cosa donada, por ***tradición***, ***mancipatio*** o la ***in iure cessio***.

La primera, para las cosas ***nec mancipi*** y las restantes para la ***res mancipi***.

Desde el mismo instante de la conclusión, el donatario dispone de la ***reivindicatio*** contra todo el que intente despojarlo de la cosa.

b. ***Estipulación***. El donatario figura como acreedor del donante, y dispone para compeler a éste a ejecutar la obligación (entregar lo prometido) de la ***condictio***.

c. ***Contrato litteris***. Produce los mismos efectos de la estipulación.

2. *Régimen de la Lex Cinciae.*

La delimitación conceptual de la donación se inicia por medio de la ***Lex Cincia de donis et muneribus***, al parecer propuesta en el año 204 a.C. por el Tribuno M. CINCIUS ALIMENTUS y de la que tenemos algún conocimiento por los ***Fragmenta Vaticana***[509].

Esta Ley prohibió las donaciones que sobrepasaran cierto monto, y vino a desempeñar un papel análogo a la **Ley Furia** en materia de legados.

Esta Ley pertenecía a la categoría de las *leyes imperfectas*, ya que carecía de sanción, no anulaba las donaciones excesivas ni castigaba al infractor.

Prescribía que si el donante no se ha desprendido aún de la cosa prometida, siempre que ésta sobrepase la tasa legal, podía revocar la donación y negarse a ejecutarla, oponiendo a la acción del donatario la ***exceptio legis cinciae***.

No se aplicaba en las donaciones entre ciertos parientes del donante dentro del quinto grado y entre cónyuges.

En el derecho postclásico la **Ley Cincia** cayó en desuso y fue sustituida por una nueva restricción, ***la insinuatio*** o inscripción en los registros públicos de aquellas donaciones que excedieran de cierto límite (quinientos sueldos en la época de Justiniano).

3. *Reformas de Justiniano.*

Dio fuerza obligatoria al simple pacto, pudiendo en adelante el donatario perseguir al donante, por la ***condictio ex lege***.

3.3. FIGURAS ESPECIALES DE DONACIÓN

a. ***Donación universal***. Es la donación de todos los bienes presentes del donante. En este caso el donatario respondía del pago de las deudas del donante existentes al momento de la donación.

b. ***Donación remuneratoria***. Tenía por objeto recompensar al donatario por servicios que hubiese prestado al donante. Esta clase de donación era irrevocable.

---

[509] ***Fragmenta Vaticana***.- Colección de 378 fragmentos, casi todos jurisprudenciales, encontrados en un códice de fines del siglo IV conservado en la **Biblioteca Vaticana** y descubierto por el ***Cardenal Angelo Mai*** en 1820, contiene extractos de constituciones imperiales, tomadas de los **Códigos Gregoriano y Hermogeniano**, en su mayor parte debidas a **Diocleciano** y **Maximiano**, con otras ***Postconstantinianas*** agregadas con posterioridad, junto con pasajes de obras de **Papiniano**, **Paulo** y **Ulpiano**.

c. ***Donación sub modo***. *Es una donación modal.* Es aquélla en que el donante imponía al donatario una carga -***modus***- que debía realizar.

Como figuras especiales de la donación también se consideran *las donaciones entre cónyuges*, que fueron prohibidas por el derecho romano, y *las donaciones matrimoniales*, hechas por el hombre a la mujer, *antes y durante las* ***justae nuptiae*** -***ante*** *y* ***propter nuptias***- que si fueron permitidas y llegaron a considerarse como contrapartida de la dote.

CAPÍTULO V
DELITOS Y CUASIDELITOS

1. DELITO: CONCEPTO Y NOCIONES GENERALES

CONCEPTO Y NOCIONES GENERALES

El derecho romano, que consideró delito *todo acto ilícito castigado por una pena*, conoció desde antiguo *dos categorías de delitos*. ***Los delitos públicos***, llamados ***crimina***, que lesionaban a la comunidad como tal y que el Estado perseguía y sancionaba con una *pena pública*, y ***los delitos privados***, denominados ***delicta*** o ***maleficia***, que eran hechos antijurídicos que lesionaban a un particular, a su familia o a su patrimonio, y que se castigaban con una *pena privativa de carácter pecuniario*.

Muchos delitos llegaron a considerarse desde la época remota lesivos de un interés de la colectividad, dando lugar a una pena pública. La esfera de aquellos ***crimina publica*** se fue poco a poco extendiendo y llegó a absorber a varios de los antiguos delitos castigados con pena privada, subsistiendo a veces junto a la sanción pública. La categoría de los **delitos privados** se fue reformando, y así *el derecho clásico* sólo reconoció cuatro clases: *el hurto* (***furtum***), *la rapiña* (***vi bona rapta***), *el daño injustamente causado* (***damnum iniuria datum***) y *la injuria* (***iniuria***), *en los que más que el castigo se perseguía la indemnización por los perjuicios.*

Los delitos privados -***delicta***- daban lugar a una relación de tipo obligacional, en la que la víctima figuraba como acreedor (de multa privada) y el delincuente como deudor que tenía que reparar el daño mediante el pago de una suma de dinero al ofendido "***obligatio ex delicto***".

Los romanos no consideraban una categoría genérica y abstracta de delitos, sino que configuraron una serie de figuras concretas.

Para ser responsable de un delito no bastaba la simple intención sino que debía materializarse el hecho, y la edad de la responsabilidad delictual se consideraba desde el "***impúner liberti proximus***", estaban exceptuados los dementes.

Los delitos privados fueron tipificados tanto por el derecho civil como por el derecho honorario.

Cuando el autor del delito es un ***filius familiae***, o un esclavo, el ***paterfamilias*** o ***el amo*** pueden liberarse de la obligación, haciendo *abandono noxal* del autor del delito.

En caso de pluralidad de autores, la obligación que nace (reparar el daño) es solidaria entre ellos.

Los delitos privados tienen como características comunes:

a. ***La intransmisibilidad.*** Las relaciones que engendraban los delitos operaban exclusivamente entre el autor y la víctima, las acciones emergentes de los delitos privados del derecho civil no podían transmitirse a los herederos del ofendido, ni se daban contra los herederos del ofensor, aunque posteriormente se admitió la transmisión de las acciones a favor de los herederos de la víctima.
b. ***La acumulabilidad.*** El ejercicio de una acción, no impedía al ofendido intentar cualquier otra a la vez, siempre que naciendo el delito que se deseaba castigar condujera al mismo fin que aquélla, ya fuera la recuperación de la cosa o el resarcimiento del daño patrimonial.
c. ***Noxalidad.*** Autorizaba a perseguir la entrega del autor del delito al ofendido (***noxae deditio***) cuando se trataba de un acto ilícito cometido por personas sometidas a potestad, ya fuera un ***esclavo*** o un ***filiusfamilias.*** La acción no se intentaba contra el autor de la lesión sino que era concedida ***noxaliter*** contra el ***dominus*** o el ***pater***, quienes podían liberarse de la entrega pagando la indemnización correspondiente.
d. ***La perpetuidad.*** Que permitía que el ofendido pudiera accionar en cualquier momento sin que el transcurso del tiempo afectara su derecho.

Las acciones provenientes de los delitos pretorianos se extinguían por el transcurso del tiempo. Prescripción extintiva anual contada desde el momento en que se había cometido el acto ilícito.

GAYO distingue, las acciones emergentes de los delitos, las *acciones reipersecutorias*, que perseguían un resarcimiento del daño (***rem tantum***), de las penales, que tendían a la imposición de una pena (***poenam tantum***) y de las mixtas, que estaban dirigidas tanto al resarcimiento como a la pena (***rem et poenam***).

Proceso Histórico

Como todo país antiguo *la venganza privada* prevaleció sobre otros sistemas; la víctima de un delito tiene derecho a causar otro daño al victimario y *la primera limitación a la generalidad de la venganza la constituye la **ley de talión***

que evita el exceso del derecho. Posteriormente aparece la figura de la ***composición voluntaria***, la víctima puede optar por la venganza o por el resarcimiento económico, de esta ***composición pasa a la legal***, ya la víctima es privada del derecho a la venganza personal y será *el funcionario judicial quien determine la pena* del victimario. ***Por último el Estado se atribuye la venganza pública al considerar el delito atentatorio al orden público*** sin perjuicio del resarcimiento por el daño causado a los particulares.

1.1. EL FURTUM

Hurto es la substracción fraudulenta de una cosa mueble con intención de lucrar con ella -***furtum rei***-, o bien la indebida apropiación o el uso ilícito de ella traspasando los límites consentidos por el propietario de la misma -***furtum usus, furtum possessionis***-.

Elementos Constitutivos

- **a.** "***Furtum rei***". Lo que se considera el robo o la sustracción, configurado por el "*dolus*". Sustracción de la cosa ajena o apoderamiento de la propia sin derecho.
- **b.** "***Animus furandi***". El ánimo de robar, o "***animus rem sibi habendi***", ánimo de retenerla para sí.
- **c.** "***Lucri faciendi gratia***". Propósito de lucro. Voluntad de enriquecerse.
- **d.** "***Res mobilis aliena***". El objeto material es la cosa mueble ajena, no hay robo de inmuebles.
- **e.** "***Invito domino***". Contra la voluntad del propietario o titular de un derecho.

Clases de Furtum

- **a.** ***Furtum manifestum***. Cuando el ladrón es sorprendido "***in fragranti delictum***", dentro del lugar en que se cometió el delito, o en fuga con la cosa robada. La **Ley de las XII Tablas** establece como pena azotes y adjudicación del ladrón a la víctima "***adictus***", si el ladrón es esclavo es azotado y muerto. El pretor estableció el pago del "***quadruplum***" del valor de la cosa.
- **b.** ***Furtum nec manifestum***. Cuando no se daban las circunstancias del ***furtum manifestum***, pero si es de noche y a mano armada, se permite la venganza privada. El pretor estableció el pago del "***duplum***".
- **c.** ***Furtum conceptum***. La víctima descubre la cosa robada en la casa del ladrón por una pesquisa solemne "***actio furti concepti***". La pena es "***triplum***" del valor de la cosa.

d. ***Furtum oblatum***. Cuando el delincuente entrega la res hurtada a un tercero de buena fe para que lo guarde, y luego es hallada en el domicilio de éste último, la pena es de "***triplum***", pero el perjudicado tiene contra quien la entregó la "***actio furti oblati***".

Acciones

a. ***La actio furti***. Es una acción personal, tendente a la consecución de una pena privada, que el *cuádruplo* o del *duplo*, según que se trate o no de hurto manifiesto. Compete a todo el que tenga interés en que la cosa no sea hurtada, y se dirige no sólo contra los *autores* del hurto, sino también contra los *cómplices* que contribuyen a él con su ayuda o consejo, todos los cuales responden ***in solidum***, cada uno independientemente de los demás, de modo que el pago hecho por uno no libera a los demás. *En cambio los herederos del culpable quedan exentos de responsabilidad.*
b. ***Condictio furtiva***. Es una ***acción rei persecutoria***, tendiente a obtener la *restitución de la cosa hurtada con todos sus accesorios*, y en su defecto el mayor valor que haya tenido después del hurto, aunque haya desaparecido por caso fortuito. *Compete solamente al propietario de la cosa hurtada y a sus herederos*, y se utiliza contra el ladrón y los suyos, pero se extingue cuando el perjudicado ha conseguido el completo resarcimiento. Las dos acciones concurren cumulativamente.

1.2. LA RAPIÑA

En Roma la rapiña o rapiña (***vi bona rapta***) fue la sustracción de cosas ajenas operada con violencia, mediante actos de pillaje. Se trataba de ***un furtum calificado*** que tenía el agravante de la violencia ejercida por el ladrón con el auxilio de bandas armadas (***hominibus armatis coactisve***) o también desarmadas.

Adquirió el carácter de *delito independiente del* ***furtum*** a fines del período republicano, cuando probablemente en el año 66 a.C., un pretor T. LUCULLUS (TERENCIO LÚCULO) creó una ***actio vi bonorum raptorum***, la pena por este delito era por el "***quadruplum***", se intentaba en el curso de un año, después del año era por el valor de la cosa robada; ambos casos conllevan a la infamia.

1.3. EL DAMNUM INIURIA DATUM

El daño causado injustamente era la figura más general del delito privado *y la fuente más importante de las obligaciones nacidas* ***ex delicto***. Puede definirse el ***damnum iniuria datum*** como *el acto ilícito realizado por una persona, con o sin intención de dañar, que irroga un perjuicio a otra.*

Ya la **Ley de las XII Tablas** o **Ley Decenviral** contemplaba la reparación del daño injustamente inferido a cosas ajenas en diversos supuestos, para los cuales

acordaban acciones particulares: Así la ***actio de pauperie***, por los daños producidos en los animales cuadrúpedos; la ***actio de pastu pecoris***, por la devastación de los pastos ajenos; la ***actio de arboribus succisis***, por la tala de los árboles y el daño a las plantaciones; la ***actio de aedibus incensis*** por el incendio de una casa.

Todas las disposiciones de la **Ley Decenviral** fueron derogadas por la ***Lex Aquilia de damno***, propuesta por el tribuno AQUILIUS. Compuesta de **tres capítulos; el primero** regula la responsabilidad de los daños causados en las cosas (***damnum iniuria***) en relación con el dueño de la cosa y sólo para con él, pero no de modo general, sino en supuestos de muertes de animales determinados y de esclavos, debiendo resarcir con el valor máximo que tuvieron el año anterior al delito; **el segundo**, extraño al tema del daño injustamente causado, regula la indemnización que debía pagar el ***adstipulator***[510] que hubiera perjudicado al acreedor al condonar, sin su consentimiento, la obligación del deudor. **El tercer capítulo** se refería a todos los demás daños causados por razón de lesiones o destrucción de animales y cualesquiera otras cosas ajenas, y condenaba al autor del daño al pago del mayor valor que la cosa hubiese tenido durante los últimos treinta años.

El texto de la ***Lex Aquilia*** sólo protegía al propietario de la cosa damnificada, y únicamente se aplicaba al daño causado a la substancia de la cosa ajena mediante contacto material, ***damnum corpore corpori datum***, JUSTINIANO lo extendió también al arrendatario, a pesar de carecer éste de ***ius in re*** sobre la cosa. Finalmente las disposiciones de la ***Lex Aquilia*** se extendieron también a todo hecho ilícito que, sin constituir una ***rei corruptio*** *verdadera y propia*, ocasionaba un daño cualquiera en relación con ella. En esta última hipótesis se concedió una ***actio in factum***, la que por lo demás sólo difiere en el origen y en el nombre de la ***actio legis Aquilia utilis***.

Noción y Requisitos del Daño Ilícito.- Existe daño ilícito, ***damnum iniuria datum***, cuando mediante un hecho culpable se causa a otra persona un perjuicio injusto. *Tres son los requisitos*:

---

[510] ***Adstipulatio***.- Contrato verbal accesorio de otro celebrado en forma de ***stipulatio***, generalmente usado como forma de extinguir obligaciones, y por cuya virtud el deudor, por el contrato principal, promete a una tercera persona por el mismo objeto o prestación, de la cual ésta resulta acreedor accesorio. Esta figura desapareció en el derecho recogido por Justiniano.
Adstipulator.- Coestipulador; persona a la que un deudor se obliga, quedando como acreedor accesorio de una prestación idéntica a la debida al acreedor principal por un contrato anteriormente celebrado por el mismo deudor, en virtud de una ***adstipulatio***, y que goza de las facultades para recibir el pago, reclamarlo y personarlo.

a. *Una disminución en el patrimonio ajeno*, un verdadero daño.
b. Que el daño sea causado injustamente "***injustum***". Debe observarse que cualquier grado de culpa basta fundar la imputabilidad; hasta la simple ineptitud técnica se considera como culpa cuando se ocasiona ajeno daño al ejercicio del arte u oficio propios.
c. Que el daño se haya producido mediante un *hecho positivo*, toda vez que la simple omisión sólo es ilícita cuando preexiste una relación obligatoria que imponga el deber de hacer una cosa.

La ley se extendió posteriormente para el ***daño "corpore et non corpore"***, para el no ciudadano y se añadió a una multa una indemnización o equivalencia por el perjuicio sufrido. La acción se denomina "***actio ex lege Aquilia***".

1.4. LA INIURIA

La "***iniuria***" o *injuria* en sentido amplio era todo lo contrario al derecho (***non iure factum***). En su acepción específica *era una lesión física o corporal infringida a una persona*, o *cualquier otro hecho que importara un ultraje u ofensa.* La noción de injuria se fue ampliando en el derecho romano hasta llegar a comprender no sólo los ataques físicos, los ultrajes al pudor, las difamaciones verbales o escritas, la violación del domicilio, sino cualquier lesión a la personalidad y el impedimento del uso de una cosa pública.

El delito se puede sufrir directamente o cuando se produce sobre la mujer, hijos y nietos no configurándose con el esclavo, y debe existir la intención dolosa, la intensión de ofender, si la intensión es "***animus jocandi***" *no hay delito, tampoco es delito el hecho accidental.*

La **Ley de las XII Tablas** establecía: para lesión *con mutilación* "***membrum ruptum***", el talión, salvo composición voluntaria. Por *fractura sin mutilación* "***membrum fractum***", 300 ases si era hombre libre y 150 ases si era esclavo, toda otra injuria se sancionaba con 25 *ases.*

El pretor modificó las penas creando la "***actio injuriarum***" por el monto que estime la víctima en los casos leves y la estimación del magistrado para los casos graves. La acción se extingue por la "***disimulatio***" o *perdón del ofendido configurado por el olvido.*

En tiempo de SILA se sanciona la ***Lex Cornelia de iniuriis*** que establece nuevas formas aplicables al delito de injuria, a la par que posibilita que la represión pública concurra con la persecución privada. En la época imperial el derecho romano amplia aún más el concepto de ***iniuria***, que llega a comprender las más leves lesiones corporales y las violaciones menores de los derechos de la personalidad, que pueden ser perseguidas criminalmente ***extra ordinem***. **En el derecho**

justinianeo la ***actio iniurarium*** pierde el carácter de acción exclusivamente penal, para comprender también el resarcimiento del daño.

2. LOS CUASIDELITOS

El cuasidelito está ligado a la idea de culpa y es un estado intermedio entre el dolo y la fuerza mayor.

El derecho romano no habría percibido la diferencia estructural que media entre el *delito* y el *cuasidelito*, caracterizado aquél con la intensión dolosa y éste por el hecho meramente culposo o negligente.

Refiere RICARDO PANERO, que las obligaciones nacen "como de un delito"- ***quasi ex delicto***- cuando los hechos que las generan fueron: a) por un lado, tenidos como ilícitos por el **pretor** y sancionados con una pena pecuniaria y b) por otro, no recogidos por la ley -***ius civile***- ni provistos de una acción especial[511].

En los ***cuasidelitos*** comprendió JUSTINIANO, siguiendo con ello la doctrina de las escuelas orientales, todo hecho que entrañara una *actitud antijurídica.* Se los consideró *actos ilícitos* ya por el pretor y mediante el otorgamiento de acciones penales ***in factum conceptae*** se admitió que la víctima pudiera perseguir el pago de una indemnización de carácter pecuniario. *La categoría justinianea de los cuasidelitos se integra por los siguientes **actos ilícitos***[512].

2.1. EFFUSUM ET DEIECTUM

Se daba la ***acción de effusis et deiectis*** contra el ***habitatur*** de un edificio del cual se arrojaba algo a un lugar de tránsito, ocasionando un daño. Si el daño afectaba a una cosa se respondía por el duplo. Si una persona libre resultaba muerta, se respondía por la suma de 50 áureos; si sólo era herida, se sometía al arbitrio del juez la estimación del monto indemnizatorio que había que pagar.

En caso de *varios habitantes de la misma casa*, ***respondían in solidum***.

Se concedía también la ***acción de effusis et deiectis*** cuando se arrojara o derramara cualquier cosa desde un granero, un almacén o un taller.

2.2. POSITUM ET SUSPENSUM

Si el propietario o el inquilino de un edificio, que da a la vía pública, coloca o suspende en la fachada cualquier objeto que cayendo pueda causar daño, responde de él, según el edicto pretorio, mediante la ***actio de depositis et suspensis***, que

[511] PANERO GUTIERREZ, Ricardo; op. cit. pg.727.

[512] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 326.

puede ejercitar cualquier persona que observa aquel hecho, y tiene por objeto una pena privada de 10 sueldos.

2.3. SI IUDEX LITEM SUAM FECERIT

El pretor otorgaba una ***acción in bonum et aequum concepta*** contra el juez que por dolo y más adelante también por negligencia, hubiera pronunciado una sentencia fraudulenta o errada. La acción se dirigía al resarcimiento del valor del litigio.

2.4. RESPONSABILIDAD DEL "*NAUTAE*", "*CAUPONES*" Y "*SATABULARII*"

Además de la responsabilidad proveniente del ***receptum***, los armadores, posaderos, y encargados de establos o caballerizas, se obligaban mediante ***actionis in factum*** por el doble del valor de los hurtos y daños cometidos por sus dependientes en la nave, el albergue o el establo.

3. OTROS ACTOS ILÍCITOS GENERADORES DE OBLIGACIONES

Además de los *cuasidelitos* contemplados en las fuentes justinianeas, hubo otros actos ilícitos que presentaban vinculación con la idea de daño y perjuicio patrimonial o moral causado por otra persona y que por ende resultaban fuentes de las obligaciones. Muchos de ellos tenían elementos análogos a los cuasidelitos y otros llevaban la intención dolosa o fraudulenta de provocar daño.

Entre los *actos ilícitos del derecho honorario* se presentan el *dolo* y la *violencia*. De ellos se ha tratado al hablar de los vicios del consentimiento dentro de los elementos del negocio jurídico.

Un caso especial era el fraude a los acreedores -***fraus creditorum***-, que se daba cuando el deudor conscientemente realizaba actos fraudulentos de enajenación de sus bienes con la intención de caer en insolvencia o de agravar su situación patrimonial en perjuicio de sus acreedores.

Del **pretor** proceden los medios para impedir que los acreedores fueran perjudicados por el ***fraus creditorum***. Originariamente concedió un ***interdictum fraudatorium*** que obligaba al que hubiera adquirido los bienes enajenados por el deudor a restituirlos en su totalidad. Más adelante por una ***in integrum restitutio***, retrotraía las cosas al momento de la realización de los actos fraudulentos. **En el derecho justinianeo** se funden estas dos medidas de tutela en una acción revocatoria unitaria, que se designa con el nombre de **actio Pauliana**, tal vez por llamarla así el jurisconsulto PAULO (D. 22, 2, 38, 4).

Para que la ***acción pauliana*** pudiera ejercerse era menester que el acto realizado por el deudor provocara una disminución real de su patrimonio, ya por

haber hecho transmisiones de bienes de su pertenencia a título gratuito o a título oneroso, o por haber renunciado a sus derechos adquiridos. Se requería también que el acto del deudor implicara un perjuicio evidente a sus acreedores (***eventus damni***) y que existiera en el ánimo de aquél un propósito deliberado de perjudicar o defraudar a éstos (***consilium fraudi***). Si se trataba de un acto a título oneroso era necesario, además, que hubiera complicidad en el fraude con el tercero adquirente (***conscius fraudis***).

La actio Pauliana podía ser ejercitada por los acreedores individualmente o a nombre de éstos por el curador de los bienes del insolvente (***curator bonorum***) cuando éste se hubiere concursado y estuviere sometido a un proceso de ejecución forzosa. La acción se daba contra la persona que, conociendo el fraude había celebrado el acto con el deudor, y, excepcionalmente, contra el tercero de buena fe adquirente a título gratuito por lo que se hubiera enriquecido. Los efectos de la acción hacían retrotraer las cosas a su estado anterior y por consiguiente los créditos debían ser restablecidos al patrimonio del deudor.

Otros actos ilícitos generadores de las obligaciones fueron:

Arbores furtim caesae.- El que furtivamente corta árboles ajenos, aunque sea sin intención de robarlos, debe resarcir doble del valor de ellos. A este objeto procede contra el autor de la tala ***la actio arborum furtim caesarum***, la cual compete al propietario, lo mismo que al enfiteuta si se trata de un fundo enfitéutico.

Servus corruptus.- El que dolosamente corrompe a un esclavo, sea pervirtiendo sus costumbres, sea induciéndole a la comisión de un acto ilícito o de cualquier hecho que le ocasione un daño corporal, sea aconsejándole la fuga, responde de su dolo al propietario, quien puede reclamar el duplo del daño sufrido mediante la ***actio de servo corrupto*** (***actio servi corrupti***). Compete utilizar la misma acción al padre por razón de la corrupción del hijo sujeto a su potestad.

Sepulchrum violatum.- El que dolosamente ha causado desperfectos en un sepulcro, puede ser compelido por el propietario a pagar por medio de una acción pretoria -***in factum***-, a título de resarcimiento, una cantidad equitativamente determinada por el juez, pero nunca inferior a 100 áureos.

Daño causado en ocasión de una calamidad.- El que dolosamente se aprovecha de una calamidad, como incendio, ruina o naufragio para robar o causar perjuicios en la propiedad ajena, está obligado al cuádruplo, y pasado un año al ***simplo***.

Lex Rhodia de iactu.- Ya estudiada anteriormente al tratar de los cuasicontratos.

CAPÍTULO VI
EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

1. EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Generalmente la obligación se cumple cuando el deudor realiza la prestación debida.

El cumplimiento o *pago*, es el modo de extinción de una obligación.

Sin embargo, puede darse el caso de que el deudor no cumpla o de que se retrase en el cumplimiento; es decir que incurra en *mora*.

El incumplimiento puede deberse a *causas imputables al deudor*, por ejemplo, el *dolo* y la *culpa*; o puede obedecer a *circunstancias ajenas a su voluntad*, como el ***caso fortuito*** o la ***fuerza mayor***.

La ejecución por el acreedor ante el incumplimiento, generalmente se realiza por la "***manus injectio***" en la época primitiva: la "***bonorum venditio***", venta pública del patrimonio del deudor en la época clásica y la "***bonorum cessio***" en la época de AUGUSTO.

1.1. MORA

Mora *era el retardo injusto ya del deudor en el cumplimiento de la obligación ya del acreedor en recibir el pago.*

Se distingue, pues el retardo o mora del deudor ***mora debitoris*** del retardo o mora del acreedor ***mora creditoris*** cuando rechazaba, sin justa causa el pago ofrecido por el deudor.

a. Mora debitoris

La mora del deudor era la más común. Para que el deudor incurriera en mora era necesario que el retraso le fuera imputable y que la deuda estuviera vencida.

Para aquellas obligaciones no sujetas a plazo, era necesario que el acreedor hubiera requerido el pago mediante una intimación o interpelación -***interpellatio***-, exigida por el derecho justinianeo, para que el deudor satisficiera la deuda (***mora ex persona***); además incurre en mora sin interpelación la persona que tenga un objeto de forma ilícita, como el ladrón, por ejemplo.

El *deudor moroso* debía pagar al acreedor los daños y perjuicios que su retraso le hubieran ocasionado, respondía hasta por fuerza mayor y además el acreedor se hacía dueño de los frutos del objeto debido desde el momento en que el deudor se constituyó en mora; tratándose de obligaciones de dar suma de dinero, los intereses del capital debido computados desde el día de la mora (***usurae ex mora***).

b. Mora creditoris.

La mora del acreedor se producía, cuando éste rechazaba sin causa justificada, la oferta de pago íntegro y efectivo de la prestación debida por el deudor. Rehusando el ofrecimiento, siempre que se tratara de cosa específica, el deudor sólo respondía de su pérdida cuando mediara dolo. Si se debía una cosa genéricamente determinada o una suma de dinero y la pérdida se producía por causa no dolosa y después de haberse efectuado la oferta real de entrega, el acreedor no podía exigir la dación de ella. Si llagaba a accionar a tal efecto, el deudor podía oponer a su pretensión la ***exceptio doli***.

Cuando se trataba de *deudas de dinero* el obligado depositaba en público -***obsignatio***- la cantidad debida, quedando exento de todo riesgo, así como de la obligación de pagar intereses. **En el derecho justinianeo** el depósito en público -***pago por consignación***- fue un modo de extinguir ***ipso iure*** las obligaciones.

La *mora debitoris* se extinguía por: Cumplimiento de la obligación, convenio de las partes y oferta real de pago al acreedor en caso de negativa de éste a recibirlo.

La *mora creditoris* se extinguía por: Recibimiento del pago, manifestación de aceptación, acuerdo expreso o tácito de las partes.

1.2. DOLO

Se entiende por *dolo* toda conducta antijurídica consciente y querida. Así el dolo se presentaba como elemento integrante del delito y, como vimos se manifestaba también como vicio de la voluntad cuando entrañaba fraude, una falacia o una maquinación que tendía a engañar o a mantener en el error a una persona con quien se concertaba un negocio jurídico. Aplicado el concepto a las relaciones obligacionales, el dolo era la conducta voluntaria y maliciosa del deudor ten-

diente a impedir el cumplimiento de la obligación o a hacer totalmente imposible la prestación que constituía su objeto, con la intención de provocar un perjuicio al acreedor.

Para que ocurra el dolo deben concurrir ciertos elementos:

a. Hecho realizado o dejado de realizar por el deudor.
b. Que sea producto de la voluntad, no atribuido a un "***infans***" ni a un demente.
c. La intención de no ejecutar la obligación.

La inejecución de la obligación por dolo conlleva la satisfacción por daños e interés, en todo caso no se presume y debe ser probado y la dispensa de antemano será nula por afectar el orden público "***pactum de dolo non praestando***". Carecía de prevalencia la convención por la cual las partes acordaran eximirse de responsabilidad (***pactum de non petendo dolo***).

1.3. CULPA

La culpa consiste en una *imprudencia o negligencia* que no tiene por finalidad producir un daño pero que lo causa. La culpa o negligencia del deudor se juzga en Roma tomando en cuenta el modelo del hombre diligente, que actúe o no como buen padre de familia "***bonus vir***".

Clases de Culpa:

1. "***Culpa lata***", es la negligencia en grado máximo, es decir no tomar las más elementales precauciones, en no hacer lo que todos harían en casos análogos, esta culpa es asimilable en sus efectos al dolo: "***lata culpa dolo similis est***". No podía ser dispensada por acuerdo de las partes.
2. "***Culpa levis***", que consiste en la *simple negligencia o imprudencia* en el trato de las cosas, ofrece dos modalidades: "***culpa levis in abstracto***", en la que como paradigma de la diligencia en la conducta sirve la propia de un padre de familia (***diligens paterfamilias***) y "***culpa in concreto***", en la que al deudor le es impuesto el cuidado que suele emplear en sus propios negocios (***diligentia quam suis rebus adhibere solet***).

Algunos autores agregan la ***culpa levísima*** (***culpa levissima***), a raíz de un fragmento de ULPIANO en el Digesto (9, 2, 44, pr.) que se refiere a la **Ley Aquilia** (***in lege Aquilia et levissima culpa venit***). Tal grado de culpa habría consistido en una *falta de diligencia extremadamente cuidadosa*, sólo concebible en hombres demasiado inteligentes. Este tipo no habría estado referido a las relaciones contractuales, sino al daño causado por un hecho ilícito (***damnum iniuria datum***), regulado por la **Lex Aquilia**.

Responsabilidad y los Efectos

Por el *procedimiento formulario* el juez sólo puede constreñir al deudor culpable al pago de una suma de dinero por *daños y perjuicios*, por tanto al no obtener por ejemplo el objeto debido, el acreedor muchas veces no obtiene una verdadera "***satisfatio***". Con el *procedimiento extraordinario* el juez ya tiene fuerza pública y condena al demandado a la ejecución de la prestación y si no es posible se condena en el pago de daños y perjuicios.

Si el *contrato es de derecho estricto* se responde sólo por culpa positiva "***in committendi***" y no por culpa negativa "***in omittendo***". Si aparece una "***condemnatio certa***" el juez condena por la suma indicada, si es la "***condemnatio incerta***", la suma es fijada por el juez.

En los *contratos de buena fe* el deudor responde por ambas culpas, negativa y positiva y *el juez condena conforme a la equidad*, no sólo abarca el daño directo "***damnum emergens***" sino también por la utilidad que se dejó de obtener "**lucrum cessans**".

Para evitar la incertidumbre de la fijación que hará el juez, las partes pueden convenir de antemano el monto de los perjuicios a pagar en caso de incumplimiento, esta figura se llamó "***stipulatio poenae***", la cual era una estipulación condicional y no una cláusula accesoria al contrato principal.

La responsabilidad por culpa, a partir del derecho clásico, se regulaba por el *principio de utilidad* que el negocio hubiera producido a las partes (***utilitas contrahentium***).

1.4. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

La prestación que constituía el objeto de la obligación podía tornarse imposible de cumplir por algún evento no imputable al deudor. **Hechos naturales**, como *un terremoto, un naufragio* o *un incendio*; **hechos jurídicos** que sustrajeron la cosa del tráfico jurídico, o actos humanos realizados por terceros con empleo de una fuerza irresistible como *una guerra*, liberan al deudor de toda responsabilidad en el cumplimiento de la prestación.

Estos acontecimientos, en los que en nada intervenía la conducta del deudor, recibieron la calificación de ***caso fortuito*** (***casus***), y ULPIANO los definió diciendo "*que ninguna humana inteligencia los puede prever*" (***quia fortuitos casus nullum humanum consilium praevidere potest***) (D. 50, 8, 2, 7). Distinguíase del ***casus*** la fuerza mayor (***vis o vis maior***), que era aquel evento que ninguna medida de previsión normal hubiera podido evitar. La distinción entre caso fortuito y fuerza mayor tiene un mero valor teórico, porque tanto los acontecimientos que no se pueden prever, como aquellos que previstos no se

pueden evitar, liberan al deudor del vínculo obligacional, salvo convención en contrario.

Quedando exento de responsabilidad el deudor por el ***casus***, el riesgo por la pérdida de la cosa (***periculum***) correspondía a la otra parte. De allí nació la regla de que las cosas se pierden o deterioran para el acreedor (***res perit creditori***).

El principio general es que el deudor queda liberado de su responsabilidad ***excepto***:

a. Por estipulación expresa en tal sentido.
b. Por estar en mora.
c. Por imputabilidad del caso fortuito a su dolo o culpa.

El deudor que alegue el caso fortuito o fuerza mayor debe probarlo y si el caso fortuito por el contrario hace aumentar el precio de la prestación es el acreedor quien lo aprovecha.

2. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

En todos los casos en que la prestación no se hubiera cumplido por causas imputables al deudor, provinieran de la conducta dolosa o meramente culposa, la obligación subsistía (***perpetuatio obligationis***) y ello autorizaba al acreedor a exigir judicialmente su cumplimiento. Pero si la prestación se hubiera hecho imposible, la condena se transformaba en una indemnización pecuniaria que representara el interés patrimonial que el acreedor tenía en la obligación, esto es, en el pago de daños y perjuicios.

Para determinar la cuantía de esta indemnización el derecho romano no adoptó un criterio uniforme. Algunas veces el monto indemnizatorio quedaba liberado a la apreciación del acreedor demandante, que debía afirmar bajo juramento la exactitud de su estimación (***in litem iurare***). Otras veces se dejaba *al arbitrio del juez*, cuya discrecionalidad variaba según que la fórmula contuviera una ***intentio certa*** o una ***intentio incerta***. En el primer supuesto se tomaba en cuenta el valor común de la cosa (***verum rei pretium***); en el segundo, la estimación era más amplia y contemplaba el interés del acreedor (***id quod interest***) en la efectividad de la prestación.

Cuando la indemnización judicial comprendía el ***id quod interest***, los daños y perjuicios deberían abarcar un doble aspecto: la pérdida realmente sufrida, es decir, la disminución que experimentara el acreedor en su patrimonio o ***damnum emergens*** según la terminología moderna, y la utilidad o ganancia que el acreedor hubiera dejado de percibir por el incumplimiento de la obligación o ***lucrum cessans***.

En el derecho justinianeo, con el fin de resolver las dudas existentes acerca de la medida de la indemnización y de reducir el importe del resarcimiento a una cantidad prudencial, se fijó aquélla en el doble del valor real de la prestación.

3. TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

La posibilidad de transmitir o ceder obligaciones no fue reconocida en la primitiva legislación romana, ***la obligatio*** era un vínculo netamente personal que implicaba una atadura de la propia persona del deudor al creedor.

Fuera de la sucesión a título universal -***hereditas*** y ***bonorum possessio***-, no se concebía una transmisión de las relaciones obligatorias, debido *al carácter personal de la obligación romana.* Como principio general la transmisión de las obligaciones activa y pasivamente sólo podía tener lugar a consecuencia de una ***sucesión universal mortis causa***, que tenía el efecto de hacer del heredero el continuador de la personalidad jurídica del causante.

Con el desenvolvimiento histórico del derecho romano y ante las exigencias de un tráfico comercial en creciente desarrollo, fue imponiendo la idea de que la obligación, especialmente el crédito obligacional era un bien incorporal que pertenecía al patrimonio de su titular y por lo tanto podía ser comerciable, y la jurisprudencia romana con su espíritu práctico llegó a despersonalizar la obligación, *reconociendo la posibilidad de transmitir los créditos y hasta las deudas por actos inter vivos.*

3.1. CESIÓN DE CRÉDITOS

En la cesión de créditos tenemos *la sustitución del acreedor por otra persona* a quien se le transmiten los derechos nacidos del vínculo obligacional. El acreedor original que transmite el crédito recibe el nombre de ***cedente*** el nuevo acreedor, que adquiere el crédito, se llama ***cesionario***, el deudor que es el mismo se designa como ***cassus cedido.***

La cesión podía fundarse en las más valiosas causas: la compraventa, donación, constitución de dote, etc. Cedido el crédito a título oneroso, el cedente responde de su existencia -***verum nomen***- pero no de la solvencia del deudor -***bonum nomen***-.

Si la cesión se hizo a título oneroso, el cedente está obligado a garantizar al cesionario la real existencia del crédito y que su acción no podrá ser paralizada mediante una excepción perpetua (***nomen verum***), mas no la solvencia del deudor (***nomen bonum***), a menos que expresamente se hubiera comprometido a ello o hubiere actuado dolosa o fraudulentamente (D. 18, 4, 4).

Si la cesión se hizo *a título gratuito*, el cedente ni siquiera respondía de la existencia del derecho, salvo que hubiese procedido con dolo o fraude.

"Dice LABEÓN: si alguien me donare una cosa ajena, y después de haber hecho yo en ella grandes gastos, me la quitare su dueño, habiendo probado en juicio que le pertenece, no tendré acción contra el donante, a no ser que éste hubiere procedido con dolo, es decir, sabiendo de antemano que la cosa no era suya, y que, por tanto, no me podía donar"[513].

La cesión de créditos se hacía por *delegatio nominis* o por *procuratio in rem suam.*

a. ***El primer recurso fue la delegatio nominis***, institución que no era otra cosa que *una novación* por cambio de acreedor. En virtud de una *convención tripartita* acreedor cedente, deudor y cesionario estipulaban la extinción de la obligación existente entre los dos primeros, y la creación en sustitución de ella, la otra obligación en la que quedaba como acreedor el cesionario. Este medio no importaba una verdadera cesión de crédito, sino la creación de otro distinto del primero.
b. ***Procuratio in rem suam***. A través de esta figura la cesión se llevaba a cabo haciendo uso de la *representación procesal*. El cedente le otorgaba un mandato al cesionario autorizándole a cobrar el crédito en su nombre pero en beneficio propio, cediéndole de esta manera, más que el crédito *el derecho de acción* para poder cobrarlo en juicio.

Esta forma particular de operar una cesión de crédito presentaba también algunos inconvenientes. Así el mandato al procurador (cesionario) era esencialmente revocable como todo mandato, y por consiguiente hasta que no se llegase el proceso a la ***litis contestatio***, que fijaba definitivamente todos los elementos del juicio, el acreedor cedente podía eliminar del pleito al procurador cesionario. *Además siendo el mandato un contrato que se extinguía por la muerte de cualquiera de los contrayentes, el fallecimiento del cedente o del cesionario antes de la* ***litis contestatio*** hacía que este último viera frustrado su derecho de proseguir el pleito y de cobrar el crédito transmitido. Por otra parte, conservando el cedente su carácter de mandante y de titular del crédito, nada le impedía recibir el pago de la deuda o hacer remisión de ella con prescindencia del mandatario, burlando así sus legítimos derechos.

Para remediar las anteriores situaciones se establecieron diversas medidas:

En primer término, a través de la ***denuntiatio*** **o** ***notificación*** que el cesionario debía hacer al deudor, en el sentido de que había adquirido el crédito; el pago que este último hiciera al cedente no tendría efecto liberatorio.

---

[513] MONTES, Ángel Cristóbal; op. cit. pg. 745.

En segundo lugar ***el cesionario***, podía mediante la ***actio doli***, pedir una indemnización al cedente que de mala fe hubiera revocado el mandato, perdonado la deuda o concedido una prórroga al deudor.

Por último se estableció que en caso de muerte del cedente no se extinguieran los derechos del cesionario.

Más adelante y en algunos casos determinados, se le otorgaba una ***actio utilis*** al cesionario para que pueda proceder en contra del deudor, esta acción fue admitida ampliamente en el derecho justinianeo.

La muerte del cedente o del cesionario no afecta a la cesión a título oneroso, que en consecuencia vale a favor de los herederos de éste y debe ser respetada por los de aquél. JUSTINIANO extendió esta regla a las cesiones a título gratuito[514].

*Desde que el cesionario notifica el hecho de la cesión al deudor cedido (**denuntiatio**) queda éste impedido de pagar al acreedor cedente*; si no hace, no se libera; si le paga antes de la notificación, se extingue la obligación. Esta innovación quizá ya pertenezca a la última época clásica.

Una vez pagada la deuda por el deudor cedido, dispone de una ***exceptio doli*** contra el acreedor cedente para el caso de que éste pretenda cobrarle de nuevo una obligación.

En el derecho postclásico y justinianeo están prohibidas algunas acciones: la cesión de créditos litigiosos, ***la cessio in potentiorum***, esto es, a persona de posición social superior, para excluir un tráfico perjudicial al deudor, la cesión al tutor de créditos tenidos frente al pupilo.

Una constitución de ANASTACIO, completada por JUSTINIANO y tendente a librar al deudor de ilícitas especulaciones, estableció que puede liberarse pagando al cesionario la misma suma que éste satisfizo al cedente como precio a la adquisición del crédito.

3.2. CESIÓN DE DEUDAS

La transmisión de las deudas sólo era actuable, al principio, mediante **novación**, en la figura de la ***expromissio***[515]. *Este resultado práctico también podía conseguirse constituyendo al nuevo deudor en mandatario **in rem suam*** -es decir, en perjuicio propio-, pero legitimado pasivamente lo era sólo el deudor antiguo:

---

[514] GUZMÁN BRITO, Alejandro; *Derecho Privado Romano, Tomo II*, op. cit. pg. 288.

[515] *Expromissio.*- Promesa por sí o por otro. Promesa al acreedor para una persona que se coloca en lugar del deudor de reaizar la prestación de éste; forma de novación por cambio de deudor.

el acreedor no estaba obligado a aceptar el juicio contra el cesionario de la deuda, ni podía obligarle a tomar parte activa en el proceso[516].

La idea de la cesibilidad de las deudas fue más difícil de admitir por la legislación romana, puesto que la persona del deudor era fundamental en la relación obligatoria. Para el acreedor no podía ser indiferente su sustitución, toda vez que el vínculo seguramente se había creado en consideración a la capacidad patrimonial del sujeto pasivo de la obligación, que debía responder al pago de sus deudas con todos los bienes corpóreos o incorpóreos que integraran su patrimonio.

Por ello, *la transmisión de las deudas sólo tuvo cabida en el derecho romano si se la hacía con la conformidad del acreedor mediante una novación por cambio del deudor* (***expromissio***). El efecto trasmisorio también pudo lograrse constituyendo al nuevo deudor en mandatario ***in rem suam***, es decir, en perjuicio propio; pero legitimado pasivamente era sólo el antiguo deudor, por lo cual el acreedor no estaba obligado a aceptar el juicio contra el cesionario de la deuda, ni podía obligársele a asumir un papel activo en el proceso[517].

Para asumir deudas, podía valer también el ***constitutum debiti alieni***. Mediante él, *un tercero asume, con consentimiento del acreedor, el pago de una deuda ajena*, de tal modo que el deudor no quedaba liberado, ya que puede ser demandado por el acreedor. Éste puede a su vez actuar contra este tercero -en realidad está cumpliendo un papel de fiador- por la ***actio de pecunia constituta***[518].

[516] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 461.
[517] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit pg. 339.
[518] DI PIETRO, Alfredo; Derecho Privado Romano, op. cit. pg. 290.

CAPÍTULO VII
GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES

1. CONCEPTOS GENERALES

El cumplimiento de la obligación podía asegurarse en el derecho romano *sujetando la cosa de propiedad del deudor a la acción directa del acreedor* (***obligatio rei, res obligata***) o bien haciendo que otra persona responda de la deuda con el propio crédito (***obligatio personae***). Había, pues, dos clases de garantías: **las garantías reales y garantías personales.**

Las garantías reales se daban a través de las instituciones que se presentaron en el curso del derecho romano, ***la fiducia, el pignus* y *la hipoteca***; y **las garantías personales**, dentro de las cuales distinguiremos las que derivan del propio deudor y de las que asumía otra persona por él y que se denominaban ***intercesiones.***

2. GARANTÍAS PERSONALES DERIVADAS DEL PROPIO DEUDOR

Le fue permitido al deudor garantizar o más propiamente reforzar la obligación que tenía que cumplir. Las garantías de esta especie fueron: las arras -***arrha***-, la cláusula penal -***stipulatio poenae***-, el juramento promisorio -***iusiurandum promissorium***- y el constituto de deuda propia -***constitutum debiti propii***-.

2.1. LAS ARRAS

Las arras -***arrha***- consisten en la entrega que el deudor hacía al acreedor de una suma de dinero u otra cosa para atestiguar o probar la existencia de un contrato consensual, por lo común la compraventa. En el mundo romano, las arras no son más que una señal confirmatoria de la conclusión del contrato -***arrha confirmatoria***-, que no daba derecho a los contribuyentes a rescindir el contrato, debiendo restituirse las arras con independencia de la ejecución o no de él.

Con la influencia del derecho oriental, en la legislación justinianea llegó a admitirse las *arras griegas* que cumplen una función penal. Mediando arras recae una sanción sobre la parte que incumple el contrato. Si es el comprador pierde lo que ha dado, y si es el vendedor el doble u otro múltiplo de lo recibido. Esta función penal de las arras -***arrha poenitentialis***- es acogida por JUSTINIANO en una constitución del año 528. Así *en el contrato de compraventa*, que era el que más frecuentemente se daban las arras, el comprador o el vendedor podían apartarse unilateralmente del contrato, y si quien lo hace es el primero, pierde las arras que dio, y si el segundo está obligado a *restituir **in duplum*** las arras recibidas.

2.2. LA CLÁUSULA PENAL

Se utilizó *la cláusula penal* en el derecho romano *como una pena convencional* por la que se fijaba anticipadamente la indemnización que por daños y perjuicios habría que pagar el deudor, si dejaba de cumplir la prestación debida.

Para establecer la pena que importa semejante prestación se acude a la ***stipulatio*** -***stipulatio poenae***-, o bien al *pacto simple*, cuando se añade a un contrato de buena fe. Se emplea la cláusula penal con el fin de que el deudor, forzado por la amenaza de la pena cumpla la obligación asumida. Pero sirve también para fijar de antemano la responsabilidad del deudor a la hora del incumplimiento y que, de otro modo, quedaría incierta hasta que el ***iudex*** pronunciase la condena.

2.3. JURAMENTO PROMISORIO

El juramento promisorio -***iusurandum promissorium***- sirvió para garantizar la obligación contraída por un menor de 25 años *sin la **auctoritas** de su curador*. Contra la eficacia de tal obligación cabía utilizar por el menor de la ***in integrum restitutio***, pero un rescripto de ALEJANDRO SEVERO atribuyó al juramento el efecto de eliminar tal posibilidad.

2.4. EL "CONSTITUTUM DEBITI PROPRII"

El pacto dotado de acción por el pretor -***actio de pecunia constituta***- por el cual el propio deudor se obligaba a pagar lo que debía a causa de una preexistente relación obligatoria, según nuevas modalidades de tiempo, lugar, etc. Se denominó constituto de deuda propia -***constitutum debiti propii***-. En el derecho clásico sólo se reconoció el ***constitutum de pecunia***, de dinero u otras cosas fungibles, pero JUSTINIANO lo extendió a toda clase de cosas.

El constituto de deuda propia *cumplía la función de garantía de la obligación*, dado a que el cumplimiento del pacto por el deudor al tener el mismo objeto que la obligación principal producía efectos extintivos respecto de ésta.

3. GARANTÍAS PERSONALES OTORGADAS POR UN TERCERO: LA INTERCESIÓN

Un tercero podía garantizar una deuda de otra persona con su propio crédito. En el caso había intercesión -***intercessio***- que significa cualquier clase de asunción de una obligación ajena.

Los términos ***intercedere*** e ***intercessio***, indican con valor general, *la asunción de una garantía.*

La intercesión podía presentar dos formas: ***intercesión privativa***, cuando el tercero asumía la obligación liberando al deudor; e ***intercesión cumulativa***, cuando el tercero se obligaba junto con el deudor principal.

Por la intercesión privativa se constituía una nueva obligación que ocupaba el lugar de la antigua y la extinguía. Se trataba de *una novación por cambio de deudor* que se llamaba ***expromissio***.

La intercesión cumulativa, podía presentarse en *dos maneras*: *una en la que el tercero se obligaba en igual rango el deudor principal*, en cuyo caso se trataba de una *obligación solidaria* constituida con un fin de intercesión o garantía; otra cuando *el tercero se obligaba subsidiariamente.* Esta segunda forma configuró propiamente **la intercesión.**

La obligación subsidiaria por intercesión se manifestó en el derecho justinianeo a través de *tres figuras típicas de garantías personales* que fueron: ***la fianza***, *el constituto de deuda ajena* -***constitutum debiti alieni***- y *el mandato de crédito* -***mandatum pecuniae credendae***-.

3.1. LA FIANZA

Entre las varias formas de garantía personal ocupa un lugar prevalente **la fianza**. *Por la fianza una persona se obliga a responder de una deuda ajena con el propio crédito.* Esta *obligación es accesoria* de la obligación contraída anteriormente por el deudor principal -***obligatio principalis***-. Esta existencia sucesiva y no simultánea como ocurre en la solidaridad pasiva -de los derechos del acreedor frente a deudores de distinto rango- *el deudor principal, en primer plano, y el fiador en razón accesoria* -***caracteriza típicamente a la fianza***-. **Sin embargo la responsabilidad del fiador se manifiesta de modo vario en la historia del derecho romano**: *al principio, el fiador es el único responsable, ya que se coloca en el puesto del deudor; más tarde responde solidariamente como un codeudor*, y *por último se afirma el carácter accesorio de la obligación del fiador.* En la época clásica conviven en principio de la obligación solidaria y el de la accesoriedad.

La fianza se constituía por medio de una *estipulación pasivamente accesoria* (***adpromissio***). En la época republicana clásica, el derecho romano presentó tres formas de **fianza verbal: La *sponsio*, la *fidepromissio*** que son las más antiguas y **la *fideiussio***, única forma de fianza que subsistió en el derecho justinianeo.

Primero apareció la ***sponsio***, después la ***fidepromissio*** y finalmente la ***fideiussio***, se perfeccionaban las tres ***verbis***, como la ***stipulatio***, pero tienen un campo de aplicación distinto (*Gayo,* III, 115. 116).

a. SPONSIO Y FIDEPROMISSIO

La más antigua de fianza es la ***sponsio***, negocio de origen religioso, asequible tan sólo a los ciudadanos romanos, que parece deber su origen precisamente a la función de garantizar deudas ajenas. Su fórmula verbal de constitución era la siguiente: el acreedor preguntaba al fiador "***sponsor***": ***idem dari spondes?*** (¿prometes dar lo mismo?), a lo que *el fiador respondía.* ***Spondeo.***

Siendo la ***sponsio*** inaccesible a los peregrinos se creó para ellos una nueva modalidad de fianza verbal basada en el elemento fundamental de las relaciones con los extranjeros, la ***fides***; tal es la ***fidepromissio*** (*persona de confianza*), que se constituía mediante la siguiente fórmula: ***idem fidepromittis***? (¿prometes fielmente lo mismo?), interrogaba el acreedor, a lo que el fiador respondía: ***fidepromitto.***

La sponsio y la fidepromissio sólo pueden garantizar obligaciones de carácter estipulatorio. Tanto la obligación del ***sponsor***, como del ***fidepromissor*** es intransmisible a los herederos, la deuda que nace de ambas figuras se extingue con la muerte.

El "***sponsor***" y el "***fidepromissor***", *no pueden garantizar ninguna obligación, salvo que se trate de las "verbales"* (Gayo, III, 118. 119). En cambio, el "***fideiussor***", *puede garantizar todas las obligaciones*, hayan sido éstas contraídas en forma "*real*". "*verbal*" o "*consensual*". Y poco importa que la obligación sea civil o natural, e incluso se obliga por un esclavo o ya sea el propio "***dominus***" del esclavo respecto de aquello que le es debido (*Gayo*. III, 119a).

En la época republicana se dictan varias leyes con miras a regular las relaciones entre fiadores y entre el fiador y el deudor principal.

La **Lex Appuleia**, dispone que habiendo **varios sponsores** y **fidepromissores**, *debían considerarse como integrantes de una sociedad* y *dotados de recíprocos derechos de regreso*, para cuya virtud, aquel que hubiere satisfecho la totalidad de la obligación podía, mediante la ***actio pro socio***, dirigirse contra los demás para exigirles el reembolso de la parte que les correspondiere pagar (*Gayo,* III. 122).

La **Lex Furia**, *posterior a la* **Lex Appuleia**, sólo tiene aplicación en **Italia**. Estableció que, si la fianza era hecha en Italia, la obligación contraída por *sponsores* y *fidepromissores* se extinguía a los dos años de su nacimiento, transcurridos los cuales aquéllos quedaban liberados de pleno derecho. En la misma ley se sancionó que, caso de ser *varios los fiadores*, no podrán ser demandados sino por *cuotas viriles*, sin que influya para nada el hecho de que alguno de los fiadores sea insolvente para el momento de la reclamación (*Gayo*, III, 121).

La Lex Cicereia, de fecha incierta, ha establecido que aquél que tomara "*sponsores*" o "*fidepromissores*", lo proclamara públicamente y declarara respecto de qué prestación los ha constituido en garantía y también cuántos "*sponsores*" o "*fidepromissores*" ha tomado respecto de ella...Esta ley no hace ninguna mención de los "*fideiussores*", pero es usual que en el caso de que tomemos "*fideiussores*" demos también este previa noticia (*Gayo*, III, 123).

Una **Lex Publilia**, en época primitiva, autorizó al *sponsor* o *fidepromissor*, que no hubiesen sido reembolsados por el deudor principal dentro de seis meses, a ejercer contra éste la ***manus iniectio pro iudicato*** para reclamar el doble de lo pagado.

La Lex Cornelia, ha prohibido que una misma persona se obligara por un mismo deudor respecto de un mismo acreedor, dentro del mismo año, por un crédito de dinero (***creditum pecuniae***) mayor de 20,000 sestercios. Y por más que los "***sponsores***" o los "***fidespromissores***" (o los "***fideiussores***") se hubiesen obligado por una suma mayor, por ejemplo por la de 100,000 sestercios (quedarán obligados únicamente hasta 20,000). Se entiende por "crédito de dinero" (***pecuniae creditum***) no solamente cuando damos dinero por causa de crédito, sino también respecto de todo aquello que al momento de que se contrae la obligación es debido de manera cierta, es decir, de todo aquello que se ha establecido en una obligación sin subordinarlo a ninguna condición (*Gayo*, III. 124).

b. FIDEIUSSIO

La fideiussio, a fines del siglo I a.C., quizá por influencia de LABEÓN, se introdujo una nueva forma de *fianza verbal*, sometida a reglas menos rigurosas, más beneficiosas, y *que acabó por desplazar a la* ***sponsio*** y a *la* ***fidepromissio***: **la fideiussio**. Se constituía mediante la siguiente pregunta del acreedor: ***id fide tua ese iubes?*** (¿mandas esto, respondiendo con tu palabra real?), a la que *el fideiussor respondía:* ***fide mea ese iubeo***. **En el derecho justinianeo** no sobrevive más que una forma de fianza: la ***fideiussio***[519].

---

[519] MONTES, Ángel Cristóbal; op. cit. pg. 709.

Dentro de las características de este tipo de fianza podemos citar:

- Se emplea como *garantía para todo tipo de contrato.*
- *Es accesible a romanos y extranjeros* y la obligación contraída por el fideiussor se trasmitía a los herederos.
- *El fideiussor responde de todo cuanto puede reclamarse del deudor principal.*
- *En la época clásica el fiador respondía a la par del deudor principal* y únicamente podía, por medio de lo que los modernos han llamado ***fideiussio indemnitatis***, pagar la parte de la prestación que el acreedor no lograba hacer efectiva del deudor principal.
- *El fideiussor no dispone, en cuanto tal, de una acción de regreso contra el deudor por lo que ha pagado.* Sin embargo la jurisprudencia admite exigir el *reembolso.*

El emperador ADRIANO, dio al fiador demandado un ***beneficium divisionis*** (*beneficio de división*), en virtud del cual el fiador demandado por el pago podía exigir del acreedor que dividiera la deuda entre los cofiadores presentes y solventes.

Más tarde JUSTINIANO, otorgó al fiador el ***beneficium excusionis*** (*beneficio de excusión*), por cuyo medio *el fiador podía exigir del acreedor se dirija en primer término al deudor principal*, y sólo si la deuda no hubiera sido satisfecha por éste, nacía la obligación de pagar la prestación garantizada.

De esta manera, *la obligación del fiador* no era ya simultánea con la del deudor principal, ni estaba en igual rango; *era una obligación sucesiva*, que se daba subsidiariamente a falta de pago del deudor principal.

Con JUSTINIANO se creó el ***beneficium cedendarum actionum*** (*beneficio de cesión de acciones*), según el cual el fiador puede exigir al acreedor, antes de pagar que le cediera todas las acciones y derechos que tenga contra el deudor principal. El beneficio se daba también a favor del *fideiussor* que hubiera satisfecho la deuda contra los otros fiadores, a fin de exigirles la parte correspondiente, previa deducción de su cuota.

3.2. EL CONSTITUTUM DEBITI ALIENI

El pacto pretorio de ***constitutum debiti alieni***, fue otra forma para garantizar obligaciones. *Tenía lugar cuando un tercero, ajeno a la relación nacida entre acreedor y deudor, se obligaba a pagar la deuda de éste en un plazo determinado.*

El pacto de ***constituto de deuda ajena*** sólo fue aplicable a las *obligaciones de dar sumas de dinero u otras cosas fungibles*; JUSTINIANO lo hizo extensivo a toda clase de deudas.

En esta figura el constituyente podía entregar una cosa distinta de la prometida por el deudor principal y también cambiar el lugar y el tiempo del cumplimiento de la obligación. **El derecho justinianeo *aplicó al constitutum debiti alieni*** el ***beneficium divisionis.***

3.3. EL MANDATUM PECUNIAE CREDENDAE

Figura jurídica llamada también ***mandatum qualificatum***, era una garantía personal fundada en el contrato consensual de mandato por medio de lo cual *el fiador* -mandante- daba encargo *al acreedor* -mandatario-, de entregar *en calidad de préstamo a un tercero*, una determinada suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles.

En caso de incumplimiento de la prestación, *el acreedor tenía a su elección dos medios para reclamar el pago de lo debido*: *uno* perseguir al fiador (mandante) por la ***actio mandati contraria*** (acción del mandato); y *otro*, demandar al deudor principal ejercitando la ***condictio certae creditae pecuniae*** (acción de mutuo). Con JUSTINIANO el mandato de crédito se asimiló a la fianza, al concederse a los mandantes, al igual que a los fiadores el ***beneficium divisiones*** y el ***beneficium excusionis.***

Para mejor comprensión de esta figura tenemos el ejemplo de *ONTIVEROS PAOLINI*[520]: A manda a B para que le preste dinero a C; resultan dos contratos: una *mandato* entre A y B y un *mutuo* entre B y C. si C no paga a B por insolvencia, B ejerce contra A la "***actio mandati contraria***" para hacerse reembolsar su dinero. C es el deudor principal, B es el acreedor (mandatario) y A es el fiador (mandante).

[520] ONTIVEROS PAOLINI, op. cit, pg. 194.

Capítulo VIII
EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

1. CONCEPTOS GENERALES

La obligación se extingue cuando se cumple lo que es debido, esto es, cuando el acreedor recibe lo que se debe o aquello a que tenía derecho.

Los romanos designaron a la extinción en sí con el término ***solutio***, empleado en el sentido más general que, ***derivado de solvere***, entrañaba la idea de desligar, soltar o desatar, el lazo de derecho que unía al deudor al acreedor; *si hay **solutio** la obligación se extingue.*

El derecho romano primitivo exigió que para extinguir una deuda el deudor debía realizar un ritual idéntico al que había dado nacimiento al vínculo jurídico, pero de intención y contenido distintos. Este acto, llamado ***actus contrarius***, era similar a aquel que había llevado a cabo al contraerse la obligación.

Así, ***la obligatio*** que hubiere nacido por actos jurídicos formales como el ***nexum*** y la ***sponsio***, la disolución del vínculo jurídico se opera por el ***contrarius actus*** del empleado al obligarse como el ***nexi liberatio*** y la ***acceptilatio***.

El nexum, para extinguir una obligación ***per aes et libram*** era indispensable unir al pago o ***solutio*** las mismas formalidades usadas para concluir el contrato, esto es, la presencia del ***librepens*** **o** ***portabalanza*** de cinco testigos púberes, la pesada real o ficticia de la cantidad entregada, y la pronunciación de la ***nuncupatio*** o ***fórmula oral solemne***[521].

Así, pues, *el simple pago no extinguía la obligación*; sólo en la época clásica, el derecho civil reconoció el pago como modo de extinción de obligaciones.

---

[521] ODERIGO, Mario N.; op. cit. pg. 380.

La aparición de contratos y convenios no formales, así como el surgimiento del procedimiento formulario, condujeron a la modificación de esta primitiva rigidez. Los primeros, porque se empezó a utilizar para ellos una disolución sin formalidades, como ocurría con el pago y las formas asimiladas a él. El segundo, porque a través de este procedimiento fue posible que la parte demandada propusiera la ***exceptio*** concedida por el pretor, la cual paralizaba la reclamación adelantada por el acreedor, y en virtud de ello la subsistencia civil de la obligación quedaba desprovista de efecto, circunstancia esta que fue asimilada a un medio de extinción[522].

2. MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Dentro del derecho romano pueden hacerse las siguientes clasificaciones de los modos de extinguir las obligaciones:

1. ***Formales y No Formales***.- Según los formales, cada relación jurídica debía extinguirse por un procedimiento inverso -***contrarius actus***- de aquel que le había dado nacimiento.

   Los modos formales de extinción de las obligaciones fueron la ***nexi liberatio*** y la ***acceptilatio***. Ambos generaban sus efectos extintivos en base a la observancia de determinadas formalidades solemnes, con prescindencia de si el acreedor ha experimentado o no una efectiva satisfacción.

   Los procedimientos no formales se utilizaban para obligaciones nacidas de contratos no formales, como los consensuales, pero recurriendo al ***contrarius actus***.

2. ***Voluntarios y Necesarios***.- Modos de extinción voluntarios eran aquellos en los cuales la extinción del vínculo obligacional dependía de una conducta deliberada de una de las partes o de ambas, como sucedía con *el pago, la remisión de la deuda, la novación*, etc.

   En los necesarios no intervenía la voluntad. La extinción era el resultado de un acontecimiento externo, ajeno a las partes ejm. *la pérdida de la cosa debida, la confusión, la prescripción*, etc.

3. ***Generales y Especiales***.- *Se puede definir como* **generales** *los que sirven para extinguir cualquier obligación*, como *el pago, la novación, el* ***pacto de non petendo***, etc. Por el contrario **son especiales** los que sólo se aplican a la extinción de cierta clase de obligaciones, como la ***acceptilatio***, para las nacidas de los **contratos *verbis*** o ***litteris***, el ***pago per aes et libram*** o ***nexi liberatio***, para las derivadas del ***nexum***, etc.

---

[522] MONTOYA GÓMEZ, Mario; op. cit. pg. 147 y 148.

4. ***Ipso Iure y Excepcionis Ope***.- **El modo ipso iure** *extingue definitivamente la obligación con todos los accesorios*, sin que sea posible una nueva reclamación. Esos son propiamente hablando los verdaderos modos de extinción, y un efecto tan completo no puede ser producido más que por los modos de derecho civil. Citaremos como tales: **el pago** (***solutio***), ***solutio per aes et libram, la acceptilatio, consensus contrarius, novación, concursus causarum, confusión, muerte y capitis deminutio***.

Los exceptionis ope consisten en medios defensivos en virtud de los cuales el deudor impugna la relación obligatoria, repele la acción del acreedor, ***sólo pueden ser invocados en la etapa in iure***. Tales son: ***la compensación, pactum de non petendo*** (remisión de la deuda), ***transacción***, y ***la prescripción liberatoria***.

Esta división tenía grandísima importancia en el período del *procedimiento formulario* (que tiene su apogeo en el derecho clásico), puesto que aquellos actos que daban lugar a las excepciones debían insertarse como tales en la fórmula para que el juez pudiese absolver al deudor; aquella inserción no era necesaria para los actos que extinguían la obligación ***ipso iure***.

Como se ha dicho, cuando tiene lugar una causa de ***extinción ipso iure***, la obligación se extingue definitiva e irrevocablemente; en cambio, verificándose una ***extinción ope exceptionis***, puede ocurrir que un acto posterior ponga fin al ***ius exceptionis***, y entonces la obligación adquiere nuevamente eficacia: así por ejemplo, si el ***filius familias*** ha recibido dinero a mutuo, puede oponer a la demanda del acreedor la ***exceptio Senatusconsulti Macedoniani*** *por la que la obligación se extingue* ***ope exceptionis***; pero si *convertido en* ***sui iuris***, ratifica el contrato, desaparecerá la ***exceptio***, y el acreedor podrá intentar eficazmente su acción[523].

3. MODOS DE EXTINCIÓN QUE OPERAN IPSO IURE

3.1. PAGO O SOLUTIO

Noción de Pago y Requisitos.- El pago -***solutio***-, consiste en la ejecución de la obligación, ya tenga por objeto una ***datio*** o un ***hecho***. Es la causa de extinción más natural y frecuente, la que las partes tienen precisamente a la vista cuando contratan; *el deudor cumple lo que está obligado a hacer, y el acreedor recibe lo que es debido*[524].

El pago consiste en la *ejecución de la prestación debida*, así si se trata de un ***dare***, la entrega de la cosa ejemplo mil escudos, un esclavo; de un ***facere***, la rea-

[523] SERAFINI, Felipe; Instituciones de Derecho Romano, Tomo II, op. cit. pg. 105.
[524] PETIT, Eugène; op. cti. pg. 634.

lización de un hecho determinado ejemplo construir una casa, pintar un cuadro, etc.; un ***non facere***, la abstención de realizar un hecho ejemplo no sembrar cerca de mi fundo, no causar molestias a mi arrendatario, etc.

El pago tiene eficacia extintiva siempre que haya correspondencia objetiva entre el contenido de la obligación y el acto del deudor. Significa que el deudor ha de observar una determinada forma, como se ha visto, cuando así lo reclama la naturaleza de la prestación.

Si la obligación consiste, por ejemplo, en la *enajenación de una finca*, el deudor, en la *época clásica*, ha de transmitir la propiedad mediante ***mancipatio*** o la ***in iure cessio***, por tratarse de una ***res mancipi***, en tanto que si se trata de ***res nec mancipi*** es suficiente la simple entrega de la cosa -***traditio***-. Cuando la obligación recae sobre un ***facere***, la prestación habrá de verificarse de acuerdo con las modalidades convenidas.

El pago para ser válido y eficaz, supone las siguientes condiciones:

1. Que se haga al acreedor capaz de recibirlo, sus legítimos representantes o al ***solutionis causa adiectus***, es decir, aquel que en el momento de contraerse la obligación fue indicado al deudor como apto para recibir el pago.
2. Que se realice por una persona capaz para ejecutar la prestación objeto del pago. Dada esta capacidad, puede hacerse válidamente el pago por un tercero, sea con el consentimiento, sea ignorándolo el deudor y aun contra la voluntad de éste[525].
3. Que se pague precisamente lo que constituye el objeto de la obligación, y todo de una vez, porque no puede obligarse al acreedor a admitir una prestación distinta de la que se debe, ni un pago incompleto o parcial[526].
4. Que se verifique en el lugar y tiempo debidos[527].

Efectos del Pago.- El pago debidamente realizado extingue de pleno derecho la obligación con todos sus accesorios, especialmente las ***hipotecas*** y la ***fideiussio***[528] inherentes a la deuda. Si el deudor tiene varias deudas a favor de un mismo acreedor, y la suma pactada no basta para satisfacer todas, en este caso se aplican las reglas siguientes:

---

[525] Véase el art. 1222 del Código Civil Peruano.

[526] Véase arts. 1166-1170 del Código Civil Español.

[527] Ver artículos 1238 y 1240 del C.C. Peruano; Art. 1171 del C.C. Español; arts. 747 y 750 del C.C. de la República Argentina.

[528] **La fideiussio**, era un contrato verbal solemne (celebrado mediante *stipulatio*) por el cual una persona garantiza con su patrimonio una deuda ajena frente al acreedor de esta última.

1. El pago se imputa a la deuda señalada por el deudor siempre que esta declaración se haga en el acto del pago[529].
2. Si el deudor paga sin hacer aquella declaración, el derecho de elección pasa al acreedor para que lo ejercite en el momento de recibir el pago.
3. Faltando toda declaración, hay que atenerse a la naturaleza de la deuda. Si la cuestión versa sobre el capital y los intereses devengados, se consideran pagados éstos antes que el capital[530]; y si versa sobre varias deudas de capital, entonces se considera que el pago se refiere a deudas líquidas y vencidas. Entre estas últimas se consideran primeramente pagadas aquellas en que se convino que deberían ser satisfechas con preferencia a las demás; vienen luego las deudas más onerosas, y entre las igualmente onerosas las más antiguas, y, finalmente si son de la misma fecha, se supone que el deudor ha pagado una parte proporcional de cada una de ellas. Las reglas que acabamos de exponer se aplican a los pagos hechos por el deudor; pero si el a creedor se ha pagado a sí mismo, por ejemplo, con la venta de la prenda, puede imputar el pago a la deuda que tenga por conveniente.

Prueba del Pago.- El pago no se presume; *el hecho del pago debe probarse por el que afirma haberlo realizado*. A fin de procurarse un medio de prueba, el deudor puede rehusar el pago si no se le entrega un recibo -***apocha***-[531]; pero éste, en general, no produce prueba plena hasta después de 30 días. En el pago de los tributos públicos, la prueba, mediante recibos, de haberlo hecho por tres años consecutivos, importa la presunción de hallarse también pagados los anteriores[532]. El pago se presume también cuando el quirógrafo de la deuda ha sido devuelto al deudor y cuando ha sido cancelado o destruido.

Del Depósito.- Si el crédito tiene por objeto una *suma de dinero u otras cosas muebles* y el acreedor rehúsa indebidamente aceptar la oferta real de la cosa, el deudor puede librarse de la deuda *consignando* la suma o la cosa en un establecimiento público o en el lugar designado por el juez[533].

[529] Véase art. 1256 del C.C. Peruano; art. 1172 del C.C. Español; art. 1654 del C.C. Colombiano.

[530] Art. 1257 del C.C. Peruano; art. 1173 del C.C. Español.

[531] Art. 1230 del C.C. Peruano.

[532] Véase art. 1231del C.C. Peruano; art. 1110 del C.C. Español; art. 746 del C.C. Argentino; art. 1628 del C.C. Colombiano.

[533] Pago por consignación, arts. 1251-1255 del C.C. Peruano; del ofrecimiento de pago y de la consignación arts. 1176-1181 del C.C. Español; el pago por consignación arts. 1656-1665 del C.C. Colombiano.

Se admitió también por vía excepcional que el deudor pudiera satisfacer una *prestación distinta de la convenida*. Este beneficio, denominado "***dación en pago***" -***beneficium dationis in solutum***-, fue entendido por los *proculeyanos* como un modo de extinción ***exceptionis ope***, mientras los *sabinianos* consideraban que operaba ***ipso iure***, equiparándose completamente al pago. Este último criterio fue aceptado por la legislación de Justiniano, que estableció que cuando el deudor fuera solvente y no pudiera procurarse dinero, debería ofrecer en pago bienes inmuebles, valuados mediante una justa estimación -*dación en pago necesaria*-.

Dos instituciones conexas al pago que los modernos han denominado "***imputaciones de pago***" y "***pago por consignación***", tuvieron su nacimiento en el derecho romano.

La Imputación de Pago.- Era de aplicación cuando una persona tenía varias deudas en dinero con un mismo acreedor y no se había convenido la forma en que debía satisfacer la prestación adeudada. En el supuesto operaban distintas reglas de preferencia que atendían al interés del deudor. Así, se entendía extinguida la deuda vencida antes que la no vencida, la más gravosa que la menos gravosa y la deuda por intereses antes que la de capital. Si no se daban tales elementos, el pago se imputaba en proporción a cada una de las deudas[534].

Pago por Consignación.- Fue una resultante de la mora del acreedor, que se producía cuando éste rechazaba, sin causa justificada, la oferta de pago íntegro y efectivo realizada por el deudor. Ante tal situación el derecho romano autorizó al obligado a consignar en público -***obsignatio***- la cosa debida, usándose a tal efecto templos, iglesias o algún otro lugar designado por el magistrado. También procedía el pago por consignación cuando el acreedor fuera desconocido o se tratara de un incapaz que careciera de tutor o curador. Para que esta forma de pago extinguiera ***ipso iure*** las obligaciones era menester que el deudor interpelara al acreedor, haciendo ofertas reales que evidenciaran su propósito.

3.2. SOLUTIO PER AES ET LIBRAM

Es un medio de extinción aplicable a las obligaciones nacidas ***gestum per aes et libram*** -***mexum***-, a las provenientes de condena judicial y a los ***legados damnatorios***[535]. En presencia de cinco testigos y del ***libripens***, el deudor hace esta declaración: puesto que yo he sido condenado por sentencia judicial a tantos

[534] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 352-353.

[535] ***Legatum per Damnationem***.- Legado por el cual un testador gravaba al heredero con la obligación de cumplir una determinada prestación a favor del legatario, obligación que por ser de derecho estricto suponía en caso de incumplimiento una pena del doble.

miles de sestercios, por este título me desato y me libero de ti con este bronce y esta balanza. Yo te peso, de acuerdo con la ley pública, esta primera y última libra. Entonces golpea la balanza con el ***raudusculum*** y lo entrega al acreedor a manera de pago. Esta forma de liberación sigue una evolución pareja a la de la ***mancipatio***, y así, lo que en principio importaba pago efectivo, se convierte luego en *pago ficticio* -***imaginaria solutio***-, pero que libera, en todo caso, al deudor al igual que todos los ***gesta per aes et libram***, no existe ya en el derecho justinianeo.

3.3. LA ACCEPTILATIO

La ***Acceptilatio*** (*de* ***acceptum ferre***) fue también un modo de extinguir obligaciones inspirado en la idea del ***contrarius actus***. Servía para extinguir obligaciones nacidas ***verbis*** o ***litteris***; el enorme predominio de la ***stipulatio*** hace que de la misma manera prevalezca la ***acceptilatio verbal***. De las formas empleadas para la ***acceptilatio literal*** nada sabemos; *la verbal* se cumple como la ***stipulatio***, mediante pregunta y respuesta, salvo que esta vez es el *deudor quien pregunta*: ***certum sestertios quos tibi spopondi acceptos habes?***, y *el acreedor responde*: ***habeo***. Usada ampliamente en la época clásica y en la justinianea, *como modo de remisión de deuda*, prácticamente mediante la ***stipulatio*** que producía la extinción ***ipso iure*** de la obligación, tal cual si realmente se hubiera cumplido o ejecutado la misma[536].

Similar a la ***stipulatio***, la ***acceptilatio*** era un convenio oral que exigía, por tanto, imprescindiblemente, la presencia de las partes[537]. Además, únicamente servía para extinguir obligaciones contraídas mediante la *forma stipulatoria* -***obligaciones nacidas de contratos verbis***-. Si las partes querían extinguir mediante ***acceptilatio*** obligaciones no nacidas de ***stipulatio***, hacía falta que previamente las transformaran (por novación) en obligaciones verbales[538].

Sin embargo, si se hubiere tratado de extinguir mediante ***acceptilatio*** una obligación que no se hubiese contraído por estipulación -***stipulatio***-, aunque la misma seguía subsistiendo civilmente, el pretor otorgaba al deudor una ***exceptio doli*** o ***pacti conventi*** para rechazar la pretensión del acreedor.

Todavía se amplió más el campo de aplicación de la ***acceptilatio*** al admitirse *que todas las deudas* que por cualquier causa tuviese una persona frente a otra *po-*

---

[536] GAYO dice que la ***acceptilatio*** es un pago ficticio o imaginario -***imaginaria solutio***-.

[537] *El deudor* interrogaba al acreedor con las siguientes palabras: ***Quod ego tibi promissi, habes acceptum?*** ("lo que yo te prometí, ¿lo tienes por recibido?"). *El acreedor* contestaba: *Habeo* ("lo tengo"). en realidad el acreedor nada había recibido, pues si efectivamente le hubiere sido satisfecha la prestación, la obligación se habría extinguido por ejecución o cumplimiento.- CRISTÓBAL MONTES, Ángel; op. cit. pg. 752.

[538] CRISTÓBAL MONTES, Ángel; op. cit. pg. 752.

drían transfundirse en una sola estipulación, produciéndose luego una extinción mediante ***acceptilatio***. Este procedimiento se denominó ***stipulatio Aquiliana***, por el nombre del jurisconsulto de la época republicana AQUILIO GALO.

"Se ha inventado una ***stipulatio***, que vulgarmente se llama ***Aquiliana***, por cuya estipulación se hace que una obligación de cualquier cosa se reduzca a una estipulación, y se extinga por la *aceptilación*. En efecto, la ***estipulación Aquiliana*** *verifica una novación* en todas las obligaciones, y fue formulada por AQUILIO GALO de este modo: "Todo lo que conviene o convendrá que me des o me hagas por cualquier causa, de presente o a término, y la acción que por cualquier cosa tengo o tendré contigo, y cualquier petición o reclamación que contra ti tengo o tendré, y lo que mío has, tienes o posees, o por dolo malo hiciste que no poseyeras; cuanto cada una de estas cosas valiere, otro tanto estipuló **Aulo Agerio** que se le diese en dinero, y ofreció espontáneamente **Numerio Negidio**. Por el contrario, también **Numerio Negidio** interrogó a **Aulo Agerio**: "¿tienes por recibido todo lo que en el día de hoy te he prometido por *estipulación Aquiliana*?". **Aulo Agerio** respondió: "lo tengo y he llevado por recibido"[539].

"ULPIANO; ***Comentarios a Sabino***, Libro XLVI - La estipulación Aquiliana nova y extingue por completo todas las obligaciones precedentes, y ella misma se extingue por la aceptilación; y de este derecho usamos. Y por tanto, hasta los legados dejados bajo condición se sujetan a la estipulación Aquiliana"[540].

3.4. LA REMISIÓN DE DEUDA

La remisión de deuda era un acuerdo entre el acreedor y el deudor, por el cual se cancelaba la deuda sin pago. "Remisión deriva de ***remissio***, o devolver. En comparación con el acuerdo que hace nacer un contrato, el ***consensus***, la remisión era un ***contrarius consensus, mutuus dissensus***. Básicamente esta es la configuración de la remisión actual[541]. En el derecho romano existían distintas formas de remisión, además del ***contrarius consensu***[542].

La Remisión en el Derecho Arcaico.- En un principio las formas jurídicas correspondían exactamente a los derechos que representaban. Si el deudor pagaba por una ***solutio per aes et libram***, el pago se hacía en ese momento. Si el deudor pagaba en virtud de una ***estipulación***, el acreedor en el momento de recibir el pago, hacía una ***acceptilatio***. Con el tiempo esas formas se fueron separando de

[539] Inst. 3, 29, 2.
[540] D. 2, 15, 4.
[541] ÁLVAREZ CORREA, Eduardo; op. cit., pg. 516.
[542] Condonación de la deuda -art. 1295 C.C. Peruano; mutuo disenso art. 1313 del mismo cuerpo de leyes; de la condonación de deuda arts. 1187 y ss. Del C.C. Español.

los hechos, para limitarse a extinguir jurídicamente lo que ya se había cumplido de hecho. Ambas formas se convirtieron en *solemnidades imaginarias*, y como tales se asimilan a una remisión, porque se extingue la obligación sin que se pague cosa alguna en ese momento.

La Remisión en el Derecho Clásico.- En la época clásica existió un pacto de remisión de deuda. La deuda podía extinguirse por una de dos maneras. Por una parte, ***el pacto extinguía ipso iure la deuda***, por su ***contrarius consensus***. Por otra, si el supuesto acreedor, no obstante el pacto de remisión, entablaba una demanda en contra de su antiguo deudor, éste le podía oponer la ***exceptio pacti*** y la deuda se extinguía ***exceptionis ope***.

3.5. NOVACIÓN

Novación -***novatio***- *es la sustitución de una obligación por otra*. La novación importa extinción de una obligación precedente por la transfusión o transposición de su contenido en una posterior ***stipulatio***. Fundamental en el concepto romano era que *la antigua obligación se extinguía* ***ipso iure*** *y en lugar de ella surgía otra nueva*.

La novación puede afectar a los sujetos o al objeto. La novación subjetiva tiende a sustituir la persona del acreedor o la del deudor -***novatio inter diversas personas***-. En el primer caso, se habla de "*delegación activa*" **delegatio**: ***quod Titio debes, mihi dare spondes?*** (lo que debes a **Ticio**, ¿prometes dármelo a mí?). En el segundo, de "*delegación pasiva*" -***expromissio***-[543]: ***quod Titius mihi debet, mihi dare spondes?*** (¿prometes darme lo que **Ticio** me debe a mí?).

Requisitos para su Validez:

1. La existencia de un vínculo obligatorio válido, civil o natural, que ha de extinguirse.
2. Que haya nacido mediante un contrato formal, que por derecho antiguo era el contrato literal o por el justinianeo la estipulación.
3. El ***animus novandi***, o sea la intención de substituir una nueva obligación a la primera[544].
4. El ***aliquid novi***, es decir, que la obligación substituida a la antigua tenga algo nuevo; que, por ejemplo se haya substituido el modo, el término, el objeto, o el lugar de pago o los sujetos cambiándose el acreedor o el

[543] *EXPROMISSIO*.- Promesa por sí o por otro. Promesa al acreedor por una persona que se coloca en lugar del deudor de realizar la prestación de éste; forma de novación por cambio del deudor.

[544] Véase art. 1277 del C.C. Peruano.

deudor. Para la substitución de un nuevo acreedor al primitivo, es necesario el consentimiento de éste; mientras que la substitución del antiguo deudor por uno nuevo puede tener lugar ignorándolo aquél.

Efectos de la Novación.

Los efectos fundamentales de la novación fueron:

1. ***La Extinción de la Obligación anterior*** con todos sus accesorios y garantías, reales o personales; aunque semejante podían mediatizarlo o disminuirlo las partes mediante convención expresa al respecto.

   Además al extinguirse la obligación primitiva, quedaba purgada la mora del deudor y cesaban de producirse los intereses, a no ser que éstos últimos se hubieren garantizado por estipulación especial.

2. ***El Nacimiento de una Nueva Obligación de la anterior***, contra la cual no podía el deudor utilizar las excepciones que tuviera contra la precedente, salvo el caso de que las mismas procedieren de causas que originasen la nulidad de la obligación.

Utilidad de la Novación.

Fundamentalmente la novación tuvo en el derecho romano las siguientes aplicaciones:

1. ***La cesión de créditos***, la que no fue posible practicarla originariamente sino a través de una novación por cambio de acreedor -***delegatio nominis***-.
2. ***El traspaso de deudas***, verificable igualmente mediante novación por cambio de deudor.
3. ***La sustitución por una obligación ex stipulatu*** (derecho estricto) de una obligación nacida de contrato consensual o de delito, realizada a través de la novación por cambio de la causa.

3.6. CONCURSUS CAUSARUM

Tiene lugar cuando el acreedor adquiere, por otra causa -***ex aliqua causa***-, la cosa concreta -***species***- que le es debida. Según la vieja doctrina, la adquisición en propiedad, por título diferente, de la cosa misma -*de la cosa individualmente determinada*-, extingue la obligación, porque no se concibe que ésta recaiga sobre la que ya está en el dominio del acreedor.

En el derecho justinianeo, se establece la distinción según que la cosa debida la haya adquirido el acreedor a *título lucrativo* (legado o donación) o a *título oneroso* (venta, permuta), *produciéndose la extinción tan sólo cuando las dos causas de adquisición concurrentes fuesen lucrativas.*

Si por ejemplo el acreedor de una ***stipulatio*** adquiere la cosa prometida, por compra, donación o legado, se extingue la obligación siempre, según el derecho antiguo. La propiedad una vez que se adquiere, ya no es debida. Desde JULIANO se considera el crédito subsistente cuando una de las causas es onerosa y la otra lucrativa[545].

3.7. CONFUSIÓN

Las obligaciones se extinguen también por **confusión**, es decir, *cuando las cualidades de acreedor y deudor vienen a coincidir en una misma persona*, pues resulta imposible que un mismo sujeto sea, a un mismo tiempo, acreedor y deudor.

De ordinario, la confusión tenía lugar por vía de sucesión universal ***mortis causa***, ya fuese que el acreedor heredase al deudor, ya que el deudor heredase al acreedor, ya que una misma persona, a la vez, al acreedor y al deudor. Sin embargo, no había obstáculo a que la confusión operase por vía de cualquier otra adquisición universal, e incluso, por vía de sucesión particular.

Este modo de extinción no era sólo aplicable a los *derechos creditorios* sino que, como se ha visto, también se presentaba a los *derechos reales* sobre la cosa ajena, que se extinguían por confusión *en caso de que el fundo dominante y el sirviente se hicieran de propiedad de la misma persona.*

3.8. PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA

"***Impossibilium nulla obligatio est***".- *No hay obligación alguna de cosas imposibles*, es la regla de derecho formulada por CELSO.

Si la cosa debida se pierde o desaparece material o legalmente sin hecho o culpa del deudor, la obligación se extingue y el deudor queda libre de su compromiso, siempre y cuando se trate de cuerpos ciertos.

Requisitos.

Este modo exigía los siguientes requisitos:

1. Que se tratara de una *obligación de dar cosas ciertas*, pues para inciertas no podía concebirse la pérdida, ya que el género y la cantidad no perecen; -***genus nunquam perit***-.
2. Que la perdida se deba a un *caso fortuito*;
3. Que el deudor no hubiera incurrido en *mora*.

---

[545] KASER, Max, op. cit. pg. 241.

Para que haya liberación por la ocurrencia del evento, *es necesaria la pérdida total de la cosa*, pues si aquélla sólo es parcial o un deterioro, el deudor únicamente se libera entregándole en el estado en que se encuentre.

3.9. MUERTE Y "CAPITIS DEMINUTIO"

Ciertas obligaciones se extinguen por la muerte de uno de los sujetos. Así ocurre, v. gr., con las obligaciones delictuales, con las derivadas de la ***sponsio, fidepromissio***[546]. Y las llamadas ***intuito personae***, que se extinguían por la muerte del deudor. Otras obligaciones, fundadas en *relaciones de confianza*, como las provenientes de los *contratos de sociedad o de mandato* también se extinguían por el fallecimiento de cualquiera de los sujetos de la relación contractual.

La ***capitis deminutio*** en cualquiera de sus grados fue causa extintiva de las obligaciones para el derecho civil.

Para que los acreedores del ***capiti deminutus*** no se perjudicaran injustamente, el pretor creó los siguientes medios de defensa:

a. En caso de ***capitis deminutio mínima***, se tiene a ésta por no sucedida, a efectos de permitir intentar contra el ***capite minutus*** las acciones correspondientes.
b. En caso de ***capitis deminutis media o máxima***, se concede a los acreedores del fallido acción contra el que recoja el patrimonio, pudiendo venderlo si fuese necesario, para satisfacer sus créditos.

4. MODOS EXTINTIVOS QUE OPERAN "EXCEPTIONIS OPE"

4.1. COMPENSACIÓN

Compensatio est, dice MODESTINO, ***debiti et credendi inter se contributio*** "*compensación es la contribución mutua entre una deuda y un crédito*"[547].

La compensación es uno de los modos de extinción ***ope exceptionis***, y *consiste en el balance del crédito y deuda mutuos existentes entre las mismas personas*, o sea *la imputación recíproca de lo que una parte debe a la otra.*

Aunque con arreglo al derecho estricto, el hecho que un acreedor sea, a su vez, deudor de su deudor no implica que los dos créditos pierdan su propia existencia y dejen de poder reclamarse por separado, las razones de equidad, utilidad

[546] ***FIDEPROMISSIO***.- En el derecho romano antiguo, contrato verbal realizado mediante una pregunta: ***fidepromitis***? (¿empeñas fielmente tu palabra?) a la que había que responder empleando el mismo verbo -***fidepromitto***- (la empeño fielmente).

[547] D. 16, 2, 1.

y comodidad en que se fundamenta la compensación son tan resaltantes que, obviamente, no podían pasar desapercibidas para los prácticos jurisconsultos romanos. PAULO afirma que "*obra con dolo, el que pide lo que ha devolver*", y POMPONIO, contemplando el instituto desde un ángulo utilitario y de conveniencia dice que la "*compensación es necesaria porque nos importa más no pagar, que repetir lo pagado*".

Clases.

La compensación puede ser: *convencional, legal o judicial.*

La compensación es convencional cuando resulte del libre acuerdo de voluntades de las partes, o sea de quienes sean recíprocamente, acreedores y deudores entre sí.

La compensación es judicial cuando venga operada por decisión judicial, previa petición del demandado y aun cuando el demandante no lo acepte.

La compensación legal es la que se produce por ministerio de la ley cuando aparecen los créditos compensables, al margen de la voluntad de los interesados.

En el derecho justinianeo, los requisitos de la compensación fueron:

a. La existencia simultánea de dos personas que fuesen recíprocamente acreedoras y deudoras entre sí.
b. Ambas deudas han de estar vencidas y ser civil, o naturalmente válidas.
c. Las prestaciones objeto de ambas obligaciones deben referirse a cosas fungibles de la misma especie.
d. Ambas deudas han de ser líquidas y ser la que se opone de prueba no larga y difícil.
e. Que los créditos existiesen entre las mismas personas.

Admitida la compensación legal, por la sola circunstancia de enfrentarse dos créditos entre las mismas personas, ambas quedan liberadas de pagar intereses en la proporción en que los mismos concurran; se extinguen las relaciones de garantía, se purga la mora, y el que siendo recíprocamente acreedor y deudor pagase puede repetir como indebido lo pagado.

> "Si, pues pudiendo alguno compensar, hubiere pagado, podrá reclamarlo por la ***condictio***, como habiendo pagado lo no debido"[548].

[548] D. 16, 2, 10, 1.

4.2. TRANSACCIÓN

Se denomina **transacción** -***transactio***- el pacto por el cual las partes, mediante concesiones recíprocas (***aliquo dato aliquo retento***), ponían fin a un litigio ya comenzado o evitan un litigio por sobrevenir, ya versase sobre obligaciones o derechos de origen extracontractual[549].

Propiamente la transacción era una causa que podía justificar la adquisición o la pérdida tanto de derechos reales como de obligaciones, pero ya que no engendraba más que excepciones, válidas para extinguir un crédito en todo o en parte. *Para hacer efectiva la transacción, el derecho clásico otorgó dos defensas*: ***la exceptio doli*** tendiente a impedir que uno de los sujetos de la relación pretendiera hacer revivir la obligación extinguida, y ***la exceptio pacti***, como medio de tutela general para garantizar el cumplimiento del acuerdo. **En el derecho justinianeo**, *elevada la transacción a la categoría de contrato innominado*, contó con la ***actio praescriptis verbis***, común a todos los contratos de esa índole.

Para que el pacto de transacción pudiera actuar como modo de extinción ***ope exceptionis*** de las obligaciones, era necesaria la presencia de los ***requisitos siguientes***:

1. *Que las obligaciones sobre las cuales recayera fueran litigiosas o, al menos, dudosas.* Era litigiosa, cuando se discutía en juicio, y dudosa, cuando siendo discutible, no se hubiera deducido aún en juicio la acción respectiva.

   Sería pues válida una transacción por medio de la cual el deudor que se hubiera obligado a pagar quinientos sestercios "si llegare una nave de Grecia" conviniera con el acreedor el liberarse pagando pura y simplemente trescientos sestercios[550].

2. *Que cada una de las partes concurrentes hiciera un sacrificio o renuncia recíproca en beneficio de la otra.* Si una de ellas renuncia a sus derechos sin exigir renuncia o prestación a la otra, habría liberalidad.

---

[549] El art. 1302 del Código Civil Peruano define la transacción.

[550] ANGIO-RUIZ, Vincenzo; observa en su obra "***Instituciones de Derecho Romano***", Op. cit. pg. 447: "Más bien que un acto jurídico en sí, *la transacción* es un fin que puede estar en la base de ***estipulaciones***, **aceptilaciones**, ***pacta***, etc.; el fin *consiste en poner término a una controversia* (litigio presente o futuro) *mediante recíprocas renuncias a alguna parte de las respectivas pretensiones.* Pero el nombre de ***transactio*** se usa con preferencia *cuando dicho fin es alcanzado mediante un pacto*, en cuyo caso *el derecho clásico sólo admite la acostumbrada* ***exceptio pacti***; el derecho justinianeo reconoce en cambio, los extremos de un contrato innominado, toda vez que una de los pactantes haya cumplido, y concede a éste contra el otro la acostumbrada ***actio prescriptis verbis***".

3. Que ambas partes tuvieran *la capacidad* para contratar y la libre enajenación de sus bienes.

Podían ser objeto de transacción todas las cosas que estuvieran en el comercio. No podían ser las acciones derivadas de los delitos públicos.

Efectos.- a) Puede ser opuesta únicamente por vía de excepción -***exceptio pacti***; b) *Produce efectos únicamente con respecto a los que transigen*, nunca afecta derechos ajenos a la relación; y c) *Puede transigirse sobre todo derecho susceptible de comercialización.*

4.3. PACTUM DE NON PETENDO

Es el acuerdo no formal por el que el acreedor promete no exigir al deudor la prestación. Lo mismo que la ***acceptilatio***, cumple una función liberatoria -***de remisión de deuda***-, pero se diferencia de ella en que no destruye de raíz -***ipso iure***- la obligación.

El Pactum de non Petendo da lugar a la ***exceptio pacti conventi***, mediante la cual el deudor, sin negar la obligación -***obligatio pacto convento non tollitur***-, se opone a la acción por la que se reclama la prestación perdonada.

A diferencia también de lo que ocurre con la ***acceptilatio***, los efectos del pacto puro y simple de perdón pueden sujetarse a término o a condición e incluso revocarse por un pacto de naturaleza contraria -***pactum de petendo***-. La eficacia del pacto puede limitarse al solo deudor -***pactum de non petendo in personam***- o extenderse también al heredero, al fiador o al codeudor solidario -***pactum de non petendo in rem***-. La distinción así concebida, es justinianea.

En la época clásica *el pactum de non petendo* no favorece al heredero, salvo mención especial -***mentio heredis***-, ni al codeudor solidario, sino únicamente al fiador, como deudor accesorio.

ULPIANO; ***Comentarios al Edicto***, Libro IV, sobre los efectos de las convenciones al respecto dice: "*unos pactos afectan a la cosa, otros a la persona.* Afectan a la cosa, siempre que en general pacto que no pediré a una persona, por ejemplo, que no pediré a **Lucio Ticio**. Mas si se hizo el pacto afectando a una cosa, o a una persona, que ha de apreciar, no menos que por las palabras, por la intención de los que se convienen; porque las más de las veces, como también dice Pedio, se consigna una persona en el pacto, no para que el pacto se haga personal, sino para que se demuestre con quien se hizo el pacto"[551].

---

[551] D. 2, 14, 7, 8.

La obligación neutralizada por un ***pactum de non petendo in rem*** era estimada como ***inanis***, y, si el deudor la ejecutaba por error excusable, podía repetir lo pagado mediante la ***condictio indebiti***[552].

4.4. PRAESCRIPTIO LONGI TEMPORIS

Entre los modos de extinción ***ope exceptionis*** se incluye la ***praescriptio longi temporis***, introducida como extintiva de todas las acciones ***in personam*** por una Constitución de TEODOSIO II y se sujeta al término de treinta años -***praescriptio triginta annorum***-.

Por tanto, si el acreedor ha dejado transcurrir el lapso de treinta años sin ejercitar la correspondiente ***actio*** para reclamar su derecho de crédito, cuando posteriormente la intente, podrá ser paralizada mediante la ***exceptio temporis***, opuesta por el deudor demandado.

[552] D. 12, 6, 40, 2.

SÉTIMA PARTE
DERECHO SUCESORIO

CAPÍTULO I
SUCESIÓN UNIVERSAL "MORTIS CAUSA"

1. LA SUCESIÓN

Este instituto, conexo al régimen de la familia y vinculado al respeto de la última voluntad del difunto, es materia del derecho de las sucesiones o derecho sucesorio.

La palabra **sucesión** deriva del latín "***sucesio - onis***" y *significa acción y efecto de suceder*, a su vez suceder deriva de "***succedere***" que significa a su turno, *entrar una persona o cosa en lugar de otra.* La sucesión en el lenguaje jurídico implica la sustitución o el cambio de titular de una relación jurídica, que puede operarse tanto por acto "***inter vivos***" como "***mortis causa***". Así el comprador sucede jurídicamente al vendedor, como los hijos, por fallecimiento de sus padres, le suceden en las relaciones familiares y patrimoniales.

La sucesión por causa de muerte -***successio mortis causa***-, que constituye el objeto de nuestro estudio, significa el cambio de titular en el conjunto de las relaciones jurídicas transmisibles de una persona por causa de su fallecimiento.

Según MAX KASER[553], la sucesión hereditaria es la sucesión universal de una o varias personas como herederos de un conjunto de derechos transmisible por herencia y perteneciente a un difunto. La idea de una sucesión universal (de la adquisición ***per universitatem,*** Gayo, 2, 97) la representan los romanos concretamente, como la ocupación por los herederos, de la situación jurídica del causante (***succedere in locum defuncti***).

Las sucesiones universales por causa de muerte reconocidas por el derecho romano fueron **la herencia** -***hereditas***-, que tuvo su origen en el **derecho civil**, y

---

[553] KASER, Max; op. cit. pg. 298.

la **posesión de los bienes** -***bonorum possessio***-, que tuvo su regulación en el **derecho pretorio u honorario**; constituyen *sucesión a título particular mortis causa*, el caso de **los legados.**

Según la forma de transmisión, *la sucesión universal por causa de muerte puede ser **testamentaria** o **ad intestato**.* **Es testamentaria** cuando el difundo ha otorgado testamento designando las personas llamadas a sucederle; y **ab intestato** o **intestada**, cuando a falta de testamento o en caso de invalidez de él, *la ley designa los herederos*, fundándose en la organización de la familia.

La herencia y sucesión[554].- El concepto de herencia -***hereditas***- *tiene dos acepciones*: por una parte se refiere a los bienes dejados por el fallecido, y por otra significa el conjunto de derechos y obligaciones que deja el difunto para que los ejerza o cumpla su heredero. Por tanto, el doble concepto corresponde al concepto moderno de "patrimonio", que incluye además de los bienes y los derechos del difunto (activo), sus deudas (el pasivo).

El segundo sentido de "**herencia**" *se confunde con el significado de sucesión* -***successio; succedere in ius***-, por lo cual se entiende que una persona, el heredero, ocupa la posesión del fallecido respecto de los derechos y las obligaciones de éste. Por tanto, la sucesión se refiere a la transmisión de un patrimonio del difunto a una o varias personas vivas o concebidas.

Los romanos indicaban la herencia, como cualquier otro conjunto, con el nombre de ***as***, dividiéndola en doce partes iguales, llamadas ***unciae***, y dando también nombre especial a las diversas fracciones en que se dividía el ***as***. ***Uncia*** (un dozavo), ***sextans*** (dos dozavos), ***triens*** (tres dozavos) ***quadrans*** (cuatro dozavos) ***quincunx*** (cinco dozavos), ***semis*** (seis dozavos) ***septunx*** (siete dozavos), ***bes*** (ocho dozavos), ***dodrans*** (nueve dizavos), ***dextans*** (diez dozavos), ***deunx*** (once dozavos)[555].

El "de cujus", *el difunto* o *causante es la persona "de cuya sucesión se trata"* o según la expresión latina: ***de cujus successione agitur***. Actualmente se emplea la expresión "***de cujus***" para indicar a *un fallecido cuya sucesión deberá distribuirse.*

El heredero, al que se llama ***heres*** o ***causahabiente***, *es la persona que recibe el patrimonio del difunto* o ***de cujus*** o ***de cuius***. Es el continuador de su personalidad jurídica -***succedere in locum defuncti***-. La doctrina romana de la época bizantina inspirada en ciertas concepciones filosóficas impuso la noción de que el causante

[554] ÁLVAREZ CORREA, Eduardo; op. cit. pg. 353.

[555] SERAFINI, Felipe; ***Instituciones de Derecho Romano***, *Tomo II*, op. cit. pg. 385.- En el pie de gágina citando a Paulo y Gayo.

y el heredero constituían una unidad ideal, que jurídicamente el ***heres*** era el continuador de la personalidad jurídica del ***de cuius***.

Objeto de la sucesión mortis causa es un conjunto de relaciones jurídicas o una relación singular que entran en el círculo de los derechos patrimoniales que comprenden derechos reales y derechos de crédito u obligacionales.

No todas las relaciones jurídicas pertenecientes al difunto eran objeto de herencia: algunas no pasaban al heredero, como serían las siguientes:

a. *En derecho público*: magistraturas, cargos que el difunto desempeñaba, derechos políticos, etc.
b. *En derecho privado*: las relaciones jurídico-familiares, *manus, tutela, etc.*
c. *Algunas de carácter patrimonial*: como el usufructo, el uso, la habitación y las obligaciones *ex delicto*.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA HEREDITAS

El antiguo ordenamiento sucesorio romano, muy discutido y sólo conjeturalmente cognoscible, es en su elemento fundamental *la sucesión de los herederos domésticos -**sui heredes**-*, sólo la parte del derecho de familia, la prosecución del culto a los dioses domésticos y también la subsistencia unitaria de la empresa agrícola de la casa. La asociación familiar regida monocráticamente por el ***paterfamilias***, al morir éste se desintegra en tantas nuevas unidades familiares como personas ***sui iuris*** resultan con su muerte. *En estas personas sui iuris perdura, sin embargo, la familia en su esencia sagrada y jurídica.* Esta pluralidad de personas, mientras sus miembros quieran, puede continuar constituida en una asociación ordenada en régimen igualitario de comunidad (***consortium***)[556].

La continuada comunidad de herederos domésticos entrañaba un innegable peligro. Con el crecimiento de la familia, el patrimonio hereditario podía tornarse insuficiente para subvenir a las necesidades de ella. Por otra parte, la armonía y concordia era difícil mantener entre un gran número de personas partícipes de los bienes heredados. Un precepto de la **Ley de las XII Tablas**, faculta a todo heredero para solicitar la división de la comunidad ejercitando la ***actio familiae erciscundae***, pero, las divisiones repetidas, a través de las generaciones, entraña peligro a la empresa agrícola familiar, convirtiéndola en irrentable.

Se trató de evitar este grave inconveniente transmitiendo el patrimonio indiviso a un solo heredero, atendiendo a los restantes de diversos modos, con tal de que no constituyeran gravamen para el patrimonio hereditario.

[556] KASER, Max; op. cit. pg. 299.

*Si a la muerte del pater familias no hay **sui heredes*** y el causante no ha previsto los medios precisos para asegurar la continuidad de la familia, hay el peligro de que ésta se extinga y de que cese el culto de los dioses domésticos y se produzca la ruina del patrimonio agrícola. **Las XII Tablas** intervienen en tal caso para salvaguardar la subsistencia de los sacra y la conservación de los bienes, *atribuyendo el patrimonio hereditario a los agnados colaterales, y en defecto de éstos, a los gentiles, incluso se permite que un extraño a la familia entre en posesión de los bienes hereditarios y adquiera la condición de heredero por medio de la usucapión **-usucapio pro herede-***, siempre que uno cualquiera de los herederos no prive de la posesión al extraño, utilizando la acción de petición de herencia. *El causante que carece de **sui***, podía probablemente ya **en la época de las XII Tablas**, excluir la sucesión de los agnados y gentiles, atribuyendo en su testamento toda la herencia (como en una especie de legado universal) a una persona determinada[557].

Con el desarrollo de la economía y de las formas de vida que se produjo en los primeros tiempos de la República, se erigió el principio dominante el de la *libertad testamentaria para el ordenamiento de la sucesión.* El testamento ofreció desde muy antiguo la posibilidad de servir como medio para acallar las necesidades de los tiempos remotos, conteniendo además otras disposiciones del causante. Cuando el núcleo patrimonial, no consistió ya en predios agrícolas, los romanos hicieron uso frecuente de la facultad de designar uno o varios herederos y de atribuir el patrimonio incluso a personas ajenas a la familia o de distribuirlo a su antojo. *Esta autonomía del pater familias de dar a sus bienes el destino que mejor le pareciese para después de su muerte, fue en Roma la regla general, y otorgó en este período al testamento una innegable primacía sobre la sucesión intestada.* Sin embargo, progresivamente fueron apareciendo limitaciones a la amplia libertad de testar. **A fines de la República**, con la ***querella inofficiosi testamenti***, se inició un "***derecho de legítima***" que vino a restringir la libertad de testar en interés de ciertos parientes próximos.

"En las disposiciones de la **Tabla V** se aprecia una nueva corriente, que a la larga será favorecedora de la función patrimonial. ***La donatio mortis causa*** puede ser incluida en el testamento -en el ***testamentum per aes et libram-***. **Los legados existían con anterioridad a las XII Tablas**, pero ***fuera del testamentum in calatis comitiis, y bajo el simple carácter de las donaciones mortis causa.*** En la ley decenviral se permite la conversión de las donaciones por causa de muerte, que gravaban el patrimonio del difunto, en legados, es decir, en donaciones que gravan al heredero"[558].

[557] KASER, MAX; OP. CIT. PG. 300 Y 301.

[558] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 527.

Frente a una exclusión de los *filiifamilias* y ***adgnati emancipados***, o que hubieran sufrido la ***capitis deminutio mínima, así como los cognados***, *se instaura luego por la actividad del pretor*, un nuevo sistema, fundado en principios de equidad y acorde con el concepto moderno de sucesión en el patrimonio: **la *bonorum possessio*.**

Expresa MAX KASER, que la sucesión intestada fue meramente ordenada por el pretor (***praetor***) en los comienzos de la República con una doble idea innovadora: a) En lugar de la relación de parentesco agnaticio, que domina el sistema sucesorio de las XII Tablas, va adquiriendo singular importancia el parentesco de sangre (***cognatio***). Con ello se reconoce el derecho a la herencia del hijo emancipado a lado de los hijos sujetos todavía a potestad obligándole al emancipado a tener en cuenta el valor de sus bienes propios, aportándolos contablemente a la masa hereditaria (***collatio***), evitando que el ***emancipatus*** resulte favorecido injustamente, en relación con los demás hijos incapaces patrimonialmente hasta la muerte del padre. b) La creciente frecuencia de los matrimonios libres da lugar al reconocimiento de un derecho de sucesión intestada entre los cónyuges que, ocupa el último lugar después de los otros parientes.

Según el derecho civil hay dos clases de sucesiones: *una regulada por la voluntad del difunto*, o **sucesión testamentaria**, y *la otra por la ley*, o sea ***sucesión ab intestato***.

En cuanto a ¿Cuál de estos dos órdenes de sucesión es más antiguo?, EUGÈNE PETIT[559] refiere que es un asunto muy discutido. Hay quien cree que los romanos sólo conocieron la sucesión ***ab intestato***, lo mismo que los germanos y los griegos, y que la sucesión testamentaria fue introducida por la Ley de las XII Tablas. Pero esta opinión no está de acuerdo con la preferencia bien marcada que los romanos tuvieron siempre por este último modo de sucesión. Por de pronto, *los historiadores hacen mención del testamento desde la fundación de la ciudad. Para nosotros la sucesión testamentaria y la sucesión ab intestato han existido desde el origen de Roma*, y la **Ley de las XII Tablas** *sólo ha hecho sancionar costumbres que estaban en vigor desde hacía ya tiempo*. El jefe de familia, en virtud de su omnipotencia, era dueño de elegir, con la aprobación de los pontífices y de las curias, el continuador de su culto y de su persona civil. De hecho y durante los primeros siglos, debía ser muy poco frecuente el uso de este derecho, habiendo hijos, por estar designados todos para recoger los bienes sobre los cuales ya tenían una copropiedad. Pero a medida que los lazos de familia se aflojaban y que las formas del testamento se hicieron de acceso más fácil, la práctica se generalizó, y casi siempre el ***pater familias*** testaba antes de morir.

---

[559] PETIT, Eugène; op. cit. pg. 667 y 668.

En la *época postclásica son modificados el viejo derecho civil y el derecho pretorio*, hasta llegar a una fusión y confusión de ambos sistemas. **Con las Novelas 118 y 127** *se instaura un nuevo orden sucesorio, donde triunfa rotundamente el* ***principio de la cognición***. *El derecho de los legitimarios se coloca en primer plano*, por fuerza de razones morales, cediendo hasta el máximo la posición preeminente que a lo largo de tantos siglos venía ocupando el testamento. Desaparecen poco a poco las viejas solemnidades que acompañan a la institución del heredero -***heredis institutio***-, y, en general, las antiguas formas testamentarias[560].

3. REQUISITOS DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA

Para adquirir la calidad de heredero era necesario la concurrencia de ciertos presupuestos o condiciones como: la muerte de una persona, la capacidad del difunto para tener heredero, la capacidad para suceder, la delación o llamamiento a la herencia y, en algunas veces la adición o aceptación de la herencia por el heredero.

Presupuesto vital de la sucesión hereditaria era el *fallecimiento* de un individuo, autor de la sucesión o el "***de cujus***".

El causante tenía que ser capaz, es decir, ser libre, ciudadano y, en el derecho clásico, ***sui iuris***. Eran incapaces para tener herederos los esclavos, los peregirnos y los ***filiifamilias***. *Al morir estos últimos, establecidos los peculios castrense y cuasicastrense, dichos bienes revertían al pater*, ***no in iure hereditatis***, sino ***iure peculii***. Con JUSTINIANO *se amplía el peculio adventicio* a todas las adquisiciones del *filius*, reconociéndole la capacidad para tener sucesor.

En cuanto a la *capacidad para suceder*, para que la persona pudiera ser designada como heredero debía ser ***ciudadano y sui iuris***. Los esclavos y los *filiifamilias* eran propiamente incapaces a no ser que se les instituyese herederos por testamento, en cuyo caso adquirían para la persona bajo cuya potestad se encontraban. **En el derecho postclásico**, *con el desarrollo de los bienes adventicios*, ***el filius pudo heredar para sí, ya por testamento o por disposición de la ley***.

Etapa necesaria de la ***sucesión mortis causa*** era la delación de la herencia -***delatio hereditatis***-, esto es, el *llamamiento a la sucesión*, que podía realizarse por voluntad del causante expresada en un testamento válido -***ex testamento***- o por imperio de la ley -***ab intestato***-. ***La delatio hereditatis*** tenía lugar por la muerte del autor de la sucesión.

[560] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 528.

La sucesión intestada era excluida por la testamentaria. Se recurría a ella a falta de testamento o cuando habiéndolo, no era válido. Ambas sucesiones no podían darse simultáneamente en aplicación de la regla de que nadie podía morir en parte testado y en parte intestado -***nomo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest***-.

La adquisitio hereditatis, constituía la etapa en que la herencia era adquirida por el sucesor. Algunos herederos calificados de "***necesarios***", adquirían la herencia ***ipso iure***, es decir sin su conocimiento, sin su consentimiento y hasta contra su voluntad. En tal situación se encontraban los ***filiifamilias*** sometidos a la potestad del causante al tiempo de su muerte -***heredes sui et necessarii***- y el esclavo manumitido en el testamento e instituido heredero por el amo -***heredes necessarii***-. Para los otros herederos denominados "***voluntarios***", la adquisición de la herencia se producía previa aceptación, que se efectuada por medio de un acto jurídico llamado adición -***aditio***-[561].

La hereditas otorgaba a su titular, ***el heres***, una acción civil, la petición de herencia -***actio petitio hereditatis***-, para hacer valer los derechos que le correspondieran por su llamamiento a la herencia.

4. "BONORUM POSSESSIO"

Junto a la *herencia civil* -***hereditas***- existe una *herencia pretoria*, la ***bonorum possessio***, que consiste en la posesión de las cosas hereditarias, conferida por el pretor a determinadas personas, y con fines que ora responden a los viejos principios de la familia agnaticia, ora a los nuevos del parentesco cognaticio y del vínculo matrimonial[562].

El *pretor*, así como no pudo hacer a nadie propietario civil o quiritario, tampoco pudo transferir a título de ***heres***. Limítose a poner a una persona, el ***bonorum possessor***, en posesión del patrimonio hereditario.

Por no ser definitiva la adjudicación del patrimonio hereditario al ***bonorum possessor***, puede recobrarlo el heredero, ejercitando a tiempo la ***hereditatis petitio***, de la ***bonorum possessio*** se dice, en el lenguaje de los clásicos, que es ***sine re***.

La labor pretoria de complemento y corrección del derecho civil se hizo sentir en materia de sucesión tanto testada como intestada. En cuanto a la primera tornó más fáciles y accesibles las formas del testamento a la par que concedió la ***bonorum possessio*** a personas que eran instituidas por testamentos ineficaces de

---

[561] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 426-427.
[562] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 531.

acuerdo con el ***ius civile.*** Con relación a la sucesión intestada, el pretor fue reemplazando la antigua organización gentilicia y familiar, base de la primitiva sucesión intestada, por una comunidad de personas unidas al difunto por vínculos de sangre, fundamentando así la sucesión en la familia natural.

En la época clásica la función del pretor se hace fundamentalmente correctora, confiriendo los bienes hereditarios a personas que en el derecho civil no contempla como herederos. Para que tal concesión o adjudicación no resulte baldía, el magistrado otorga su protección frente a los herederos civiles, sea negando a éstos el derecho que les asiste -***denegatio actionis***-, sea facultando al ***bonorum possessor*** para oponer una ***exceptio doli*** a la ***hereditatis petitio.*** Y así, junto a la ***bonorum possessio sine re,*** aparece otra ***cum re.***

La ***bonorum possessio*** puede ser conferida de conformidad con el testamento -***bomorum possessio secundum tabulas***-, o en ausencia de éste -***bonorum possessio sine tabulis* o *ab intestato***-, o contra lo dispuesto en el testamento -***bonorum possessio contra tabulas***-.

En el derecho postclásico carece de objeto la contraposición entre sucesión civil y pretoria. JUSTINIANO conserva la expresión *bonorum possessio*, pero en la práctica, en su época, no hay más que el hecho único de la sucesión.

5. DELACIÓN DE LA HERENCIA

*"**Delación**" es el llamamiento que se hace al heredero a fin de que adquiera la herencia.* La herencia es "deferida" u ofrecida.

La herencia se difiere por testamento y por ley. La delación es testamentaria cuando la designación de la persona llamada a heredar se hace por voluntad del causante, expresada en el *testamento*; *es intestada* cuando la vocación hereditaria viene determinada por disposición de la **ley**, en caso de que falte testamento, o que existiendo éste sea inválido.

La delación testamentaria prevalece sobre la intestada. Estas delaciones son incompatibles entre sí. Por lo tanto, respecto del mismo ***de cuius*** *no pueden concurrir la sucesión legal o legítima y la testamentaria.*

Este principio, enunciado formalmente en las ***Instituciones***, significa que las dos delaciones no pueden concurrir por voluntad del de ***cuius.***

La explicación de esta situación podría hallarse en la doctrina, según la cual la herencia romana no tuvo en los primitivos tiempos como fin esencial de la distribución del patrimonio, sino más bien la atribución del título de heredero; por lo que si alguien lo era en virtud del testamento, los herederos legítimos o designados por la ley no podían aspirar al mismo título.

La herencia testamentaria ocupa el primer lugar, y sólo en su defecto se abre la sucesión intestada o legítima, sin que puedan coexistir ambas especies de herencia: "***nemo pro parte testatus, pro parte intestatus de cedere***", *lo cual significa que la herencia no puede ser en parte testamentaria y en parte intestada.* De esta regla se deducen dos importantísimas consecuencias:

1° Si el testador dispuso solamente de una parte de su herencia, la otra parte no corresponde a los herederos legítimos sino al testamentario.

2° Si uno de los coherederos testamentarios no acepta la herencia, la parte vacante corresponde por ***derecho de acrecer*** a los demás coherederos testamentarios.

Presupuesto necesario de todo llamamiento es la muerte de una persona: ***hereditas viventis non datur*** [563]. Es preciso, además, que el causante o *de cuius goce de capacidad jurídica -esto es, ser ciudadano sui iuris en el momento de la muerte. No pueden tener herederos* los extranjeros -***peregrini***-, *los esclavos, los condenados a pena perpetua o capital* y los *filiifamilias.* Sin embargo, la incapacidad de estos últimos es superada en el transcurso de los tiempos con el reconocimiento de los ***peculios.***

Momento en que se Realiza la Delación.- *La delación legal se realiza siempre en el mismo instante del fallecimiento del de cuius.*

Si es testamentaria y la institución del heredero es pura y simple, también se realiza en el preciso instante de la muerte del de cuius.

Si se había instituido el heredero bajo condición, la delación se realizaba en el instante de cumplirse la condición.

Si se había instituido heredero a alguien como *sustituto*, la delación se realizaba en el momento en que faltase el heredero o a quien aquél debía sustituir.

[563] POMPONIO: Comentarios a Sabino, Libro III. Dice Labeón, que nadie puede obrar como heredero viviendo aquél en cuyos bienes se haya de hacer gestión D. 29, 2, 27.

Capítulo II
SUCESIÓN INTESTADA O LEGÍTIMA

1. NOCIONES GENERALES

La sucesión intestada o legítima tiene lugar cuando no existe testamento alguno, o el existente resulta inválido o el válido queda sin efecto[564]. Así siendo preterido -no instituido ni desheredado- un hijo varón, el testamento es nulo ***ab initio*** y aun en el caso de que el hijo muera antes que el ***pater***, se abre entonces la sucesión ***ab intestato***; *la preterición de un póstumo, varón o hembra, y cualquiera que sea su grado, determina la nulidad del testamento, y* ***la apertura de la sucesión ab intestato***.

La sucesión intestada, se funda esencialmente en una distribución en clases de las personas llamadas a suceder; el individuo incluido en una clase es siempre preferido a los individuos de las clases subsiguientes, cualquiera que sea su grado de parentesco, de manera que un pariente de grado próximo puede ser excluido por otro de grado más remoto. Ejemplo, si uno muere dejando a su madre y a un nieto ***ex filio***, este pariente en segundo grado del difunto es preferido a la primera, unida al difunto en primer grado. Lo que decide, pues, es la prioridad de la clase, y el grado sólo tiene importancia entre los individuos de la misma clase.

Cuando concurren varios parientes a la misma herencia la división puede hacerse de tres modos: ***in capita, in stirpes, in líneas***.

In capita.- Regularmente la división se hace *por cabeza*, o sea tantas partes iguales cuantas sean las personas con derecho a suceder: cada una de estas porciones se llama *cuota viril*.

---

[564] El artículo 912 del Código Civil Español, art. 815 del Código Civil Peruano enumeran los casos en que procede la sucesión intestada.

In stirpes.- *En ocasiones la ley llama a la herencia a los descendientes de un sucesor premuerto otorgándoles conjuntamente la cuota viril,* que hubiera correspondido a su causante si no hubiese premuerto, debiendo luego subdividirse entre ellos por cabezas esta porción común; este modo de suceder constituye la división por estirpes.

In líneas.- La división tiene lugar por líneas, cuando se hacen dos partes de la herencia, una de las cuales corresponde a los ascendientes de la línea paterna y otra a los de la línea materna.

En la sucesión intestada de la legislación romana se reúnen cinco diversas fuentes de derecho como: la **Ley Decenviral**, el **Edicto Pretorio**, las **Constituciones Imperiales anteriores a Justiniano**, las **Constituciones de Justiniano anteriores a las Novelas 118 y 127**, y las **Novelas 118 y 127**.

2. SISTEMA DE LA LEY DE LAS XII TABLAS

En orden de preferencia, según las **XII Tablas**, son sucesores: los ***sui heredes*** (herederos propiamente dichos), ***los agnati*** (***agnatus proximus***) y ***los gentiles*** (miembros más alejados de la familia).

Primer Orden: ***Sui heredes***.- Eran los *descendientes legítimos o adoptivos* colocados bajo la potestad directa del difunto, *hijos*, *mujeres sometidas a la manus* (filia loco) y *los póstumos suyos*. Suceden todos sin distinción de grado, y cuando el causante deja un hijo y dos nietos nacidos de otro hijo ya fallecido, estos nietos no eran excluidos por el hijo, pues suceden en lugar de su padre. La partición se hacía por cabezas, ***in capita***, siendo todos herederos suyos en primer grado, ejm. tres hijos reciben cada uno un tercio.

En todos los demás casos se hace *por troncos*, ***in stirpes***: v. gr. Si hay un hijo y dos nietos nacidos de otro hijo premuerto, la sucesión se divide en dos partes, puesto que hay dos troncos; el hijo recoge una mitad y la otra se reparte para los nietos.

Los ***sui heredes*** eran herederos necesarios -***necessarii***-, en el sentido de que sin haber aceptado la herencia expresamente, no podían repudiarla. Según GAYO, no sólo adquirían nuevos bienes, sino que también adquirían la administración de lo que en un sentido ya era de ellos, de donde el nombre de ***sus heredes*** o ***heredero "suyo"***, vale decir propio. Además ***el heres*** adquiría la obligación de continuar el culto familiar.

Segundo Orden: Agnados -***agnati***-. *Se llama a la sucesión al agnado más próximo a falta de* ***heredes sui***. Tales agnados eran *los colaterales*, como los hermanos del *de cujus* o sus sobrinos.

Si había un hermano y dos sobrinos nacidos de otro hermano premuerto, el hermano recoge la sucesión, quedando los sobrinos excluidos de la sucesión. Si hay varios agnados del mismo grado todos concurren y el reparto se hacía por cabezas -***in capita***- ejm. si el difunto dejó a dos sobrinos, cada uno recibía una mitad; si dejó a sus tres hermanos, cada uno recibía una tercera parte. Si un agnado repudiaba la herencia o moría sin haberla aceptado, ésta no pasaba a los agnados del grado siguiente; no se admitía la ***successio graduum***.

En efecto, *el derecho romano desconocía la representación*, concepto habitual en las legislaciones contemporáneas. La representación significa que los hijos de un pre fallecido que hubiese tenido vocación a la sucesión del ***de cujus***, reciben entre ellos la parte que hubiese recogido su padre si estuviese vivo. En el caso de que el *de cujus* haya dejado un hermano y dos sobrinos de otro hermano fallecido, los sobrinos representarían a su padre, y recibirían entre ellos la mitad de la herencia.

Contrariamente a los sui heredes*, los agnados podían aceptar o repudiar la herencia.*

Tercer Orden: Gentiles.- A falta de agnados próximos, la **Ley de las XII Tablas** hacía pasar a los gentiles de la sucesión del *de cujus*. Los gentiles formaban el clan. Ya en el derecho clásico, la regla según la cual los miembros del clan podían heredar era obsoleta. Se ignora si heredaban como individuos o como grupo. La gentilidad desapareció en la época de Gayo, y desde el siglo VII el pretor concedió a los parientes naturales del difunto, a los *cognados* en lugar de los gentiles[565].

3. SISTEMA DEL DERECHO PRETORIO

El sistema de la sucesión de la **Ley Decenviral**, fundado de modo absoluto y exclusivo en el concepto de la *agnación*, daba margen a *grandes injusticias* resultaba de él por ej., que *los hijos emancipados quedaban excluidos de la herencia de su padre*, aun en el caso de no existir otros hijos sujetos a la patria potestad del mismo. *El pretor mitigó esta severidad* organizando la ***bonorum possessio intestati*** y *estableciendo cuatro clases de sucesores*: 1°. Los descendientes legítimos por línea masculina -***liberi***-; 2°. Los herederos llamados por el derecho civil -***heredes legitimi***-; 3°. Los cognados o sea los parientes consanguíneos -***cognati***-; 4°. Y,

[565] La mencionada Ley excluía a los parientes siguientes: a) los hijos emancipados o salidos por alguna causa de la familia civil del causante; b) los nietos nacidos de una hija no heredan al abuelo materno, porque están en la familia del padre y no en la de la madre; c) los hijos no suceden a la madre, ni la madre a los hijos, por no existir entre ellos las relaciones de potestad, base de la familia civil. Este sistema se modificó posteriormente.

finalmente, cónyuge supérstite -*vir et uxor*-. Cada clase era objeto de un capítulo especial del **Edicto Pretorio**, y de aquí las expresiones de ***bonorum possessio unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor***.

a) **Bonorum possessio unde liberi**.- *Se concedía a los descendientes inmediatos del difunto* (herederos de sí mismo y demás personas que tuvieran este título) que estuvieran bajo potestad o que hubieran sido emancipados o dados en adopción, con tal que, en este último caso, no formaran parte de la familia adoptiva.

   Los herederos recibían sus partes por estirpes, los más cercanos al *de cujus* excluyendo a los más alejados.

b) **Bonorum possessio unde legitimi**.- A falta de ***liberi***, tenían derecho a los bienes ***los legitimi***, cuyo derecho se basaba en la ley "legítimos". *Eran principalmente los agnados, pero también se incluía otros*. Sólo se admitían a la sucesión los que podían exigir sus derechos con base a las reglas del derecho civil. Por tanto, si un agnado había repudiado la sucesión, el agnado que le seguía en proximidad al *de cujus* quedaba excluido por la regla del derecho civil que prohibía la sucesión por grados. Sin embargo, según Gayo algunos jurisconsultos adoptaron la opinión contraria, para aceptar en este caso la ***successio graduum***.

c) **Bonorum possessio unde cognati**.- Era quizá la más Antigua y la más importante. *Se atribuía a los parientes naturales sacrificados por el derecho civil. A falta de causahabientes legítimos, llamó el pretor a los cognados o parientes de sangre más próximos*. La vocación hereditaria de esos colaterales llegaba hasta el *sexto grado* -hijos de primos hermanos entre sí- y, en la herencia de ***un sobrinus*** -hijo de un primo- hasta el hijo o hija del otro ***sobrinus***, que está en séptimo grado. Como en la sucesión civil, los más próximos en grado excluían a los más remotos y los de igual grado se repartían la herencia ***per capita***.

   El parentesco por consanguinidad podía derivar de la madre, lo mismo que del padre. Por primera vez entraron en este llamamiento hereditario los parientes por línea femenina. *El parentesco adoptivo era equiparado al consanguíneo* a los fines de la concesión de la ***bonorum possessio unde cognati***. ***El postumus*** era igualmente tenido en cuenta en este orden sucesorio.

d) **Bonorum possessio unde vir et uxor**.- En último lugar el pretor confería la ***bonorum possessio al cónyuge supérstite***. En el ***matrimonio cum manu***, la mujer heredaba a su marido como ***sui heredes***, porque ocupaba el lugar de hija, *pero el marido no heredaba a la esposa porque ésta carecía de patrimonio*. En el ***matrimonio sine manu***, *los cónyuges podían heredarse recíprocamente*, por virtud del otorgamiento de la ***bonorum posses-***

sio unde vir et uxor, que tenía carácter ***sine re***, en defecto de cualquier otro pariente. *El derecho de sucesión de los cónyuges fue frecuentemente suplementado por un legado en usufructo.*

4. COLACIÓN DE BIENES DEL HIJO EMANCIPADO

"COLLATIO BONORUM LIBERI EMANCIPATI".- Cuando un hijo emancipado venía a la sucesión de su padre, concurriendo con sus hermanos que estaban bajo potestad, debía aportar los bienes que hubiese adquirido con posterioridad a su emancipación. A esta aportación es lo que se llamaba ***collatio bonorum***, se dice que era un importante financiero, no entrega física de los bienes.

Esta solución era justa, pues mientras el hijo emancipado adquiría para sí mismo, sus hermanos bajo potestad continuaban enriqueciendo el patrimonio familiar con las adquisiciones que lograban. ***La collatio impuesta al emancipado*** establecía la igualdad que, de otro modo se rompía.

Escapaban a la collatio los bienes adquiridos por el emancipado que, de haber seguido bajo potestad, le hubieran pertenecido en propiedad, tales como los bienes que formaban los diferentes *peculios*; los que recibía de su mujer en calidad de *dote* o de su padre para comprar ciertas dignidades o sostener las respectivas cargas[566].

5. REFORMAS EN LA VÍA LEGÍTIMA EN EL DERECHO IMPERIAL

El parentesco de sangre fue tenido en consideración por primera vez por el derecho sucesorio pretoriano. Esta reforma sirvió para abrir paso a una política legislativa que iba a continuar en el derecho imperial. Con el Emperador ADRIANO *se favoreció a los cognados en progresiva equiparación con los agnados*, no ya en virtud del derecho pretoriano sino por el mismo derecho civil nuevo.

Desde el **siglo II d.C.** *comienza la legislación a favor de la mujer*, hasta ahora desfavorecida en el derecho de sucesiones. **Se previeron especialmente dos nuevas reglas**: *el derecho de la madre en la sucesión de sus hijos*, y *los derechos de éstos en la sucesión de la madre.*

1. DERECHO DE LA MADRE EN LA SUCESIÓN DE SUS HIJOS:

SENADO CONSULTO TERTULIANO.

Según el derecho civil, ***sólo la mujer in manu*** de su marido tenía derechos en la sucesión de éste. Aún en el derecho pretoriano era apenas una cognada.

[566] VENTURA SILVA, Savino; op. cit. pg. 411 y 412.

El **Senadoconsulto Tertuliano** -***Tertullianum***-, del reinado de ADRIANO (117-138), *permitió a la mujer heredar de sus hijos fallecidos*, aunque este derecho sólo fue concedido a las madres que gozaban del ***ius liberorum***. Es decir aquellas madres *ingenuas* que tuvieran tres hijos y cuatro las *libertas*, por nacimientos separados. Era suficiente que los hijos hubiesen existido.

El Senadoconsulto estableció un orden sucesoral, para indicar en qué momento podría heredar la madre en presencia de otros sucesores:

a. **En primer lugar** venían ***los sui heredes*** y los asimilados a ellos, como los ***liberi***.
b. **En segundo lugar**, heredaba ***el padre del de cuius***. Es decir, el padre heredaba de su hijo aun cuando lo hubiera emancipado, quedando con la calidad de ***parens manumisor***, especie de cuasipatrono del hijo emancipado.
c. **En tercer lugar** heredaban ***los hermanos y las hermanas consanguíneos del de cujus*** (hermanos hijos del mismo padre).
d. **En cuarto lugar** podría heredar ***la madre***, y cuando había ***hermanas supérstites del cujus***, *recibía la madre la mitad de la herencia.*

No era necesario que el hijo fallecido hubiera sido legítimo. CONSTANTINO *mejoró la situación de la madre permitiéndole recibir una parte reducida de la sucesión aun cuando no tuviera el* ***ius liberorum***.

2. DERECHO DE LOS HIJOS EN LA SUCESIÓN DE SU MADRE: EL SENADOCONSULTO ORFICIANO

La madre podía heredar de sus hijos, pero éstos no podían heredar de su madre hasta el **Senadoconsulto Orficiano** -***Orphitianum***-, del año 178 d.C. por este Senadoconsulto *se permitió a los hijos pasar en primer lugar a la sucesión de su madre*. No era necesario que los hijos fuesen legítimos, a condición de que hubiesen nacido libres. El derecho de los hijos no se perdía por ***capitis deminutio***.

El Senadoconsulto Tertuliano es anterior al Orficiano aun cuando ambos parecen ser del mismo año 178 d.C.

6. LEGISLACIÓN JUSTINIANEA

La muy confusa legislación de Constantino hasta las ***Novellae de Justiniano*** aspira a una simplificación del sistema. Los vestigios de la sucesión de los agnados son suprimidos a favor de los parientes consanguíneos; desaparecen también las diferencias de trato de ambos sexos todavía existentes y *se supera la distinción entre* ***hereditas*** y ***bonorum possessio***.

Las leyes reconocen ahora el parentesco por parte de la mujer, esto es de los descendientes de las hijas o de las hermanas. Las limitaciones contenidas en los Senadoconsultos Tertuliano y Orficiano son eliminadas. *Los hijos emancipados son equiparados a los hijos sometidos a potestad paterna*, y es también tomado en consideración el parentesco por medio de los emancipados.

En la Novela N° 118 de 543, complementada por la 127 de 548, JUSTINIANO *reguló de nuevo, aunque no de modo completo, la sucesión de los parientes.*

La nueva regulación sustituye completamente la agnación por el parentesco de sangre y equipara a efectos sucesorios la mujer al hombre, y el parentesco por parte de aquélla al parentesco por parte de éste. **La Novela** *distingue cuatro clases, cada una de las cuales excluye a la siguiente:*

1. **En la primera clase** *son llamados los descendientes que heredan en primer término con exclusión de los demás parientes*, fueran por vía paterna o materna, estuvieran emancipados o no, se tratara de naturales o adoptivos. *Si los descendientes eran del mismo grado*, la participación se hacía ***por cabeza*** y *si eran de distinto grado*, la partición se hacía ***in stirpe.***
2. *En defecto de descendientes heredan el padre, la madre y los demás ascendientes*, así como *los hermanos germanos* (los que tienen ambos padres comunes con el causante). *Entre los ascendientes es preferido el de grado más próximo*; así los padres excluyen a los abuelos. Entre los ascendientes del mismo grado, una mitad se adjudica a la línea paterna y la otra a la materna. Dentro de cada línea, la distribución tiene lugar ***por cabezas***. *Los hermanos germanos son llamados juntamente con los padres y excluyen a los abuelos.* Los abuelos son llamados solamente cuando no heredan padres ni hermanos.
3. *Los colaterales privilegiados del cujus*, es decir sus *medios hermanos o medias hermanas, consanguíneos* (del mismo padre) *uterinos* (de la misma madre), *y sus descendientes.* Estos últimos vendrán por representación de sus padres fallecidos.
4. *Otros colaterales, en último eran llamados a suceder los demás parientes colaterales hasta el sexto* (o séptimo) *grado.* Si concurrían colaterales del mismo grado, la división se hacía ***per capita***, operando siempre el principio, según el cual, el más próximo en grado excluía al más lejano.

En lo que respecta al cónyuge supérstite, cuya sucesión no se contemplaba en el sistema de las novelas, era de aplicación la ***bonorum possessio unde vir et uxor***, que se concedía a falta de todos los parientes del causante y siempre que los esposos no estuvieran divorciados al tiempo del autor de la muerte de la sucesión.

7. SUCESIÓN INTESTADA EN EL ORDEN DE LOS LIBERTOS

La especial sucesión intestada del *liberto* varió en Roma según las épocas, y por ende, los ordenamientos que los regularon.

La Ley de las XII Tablas, atendiendo a que el liberto carecía de parientes agnados, por haber nacido esclavo, al patrono y en su defecto a los *sui* del patrono e incluso a los ***agnati*** o gentiles del patrono. *El liberto se equipara al hijo emancipado que había sido manumitido por su padre -**parens manumissor**-* con la solemnidad de la antigua emancipación.

El liberto por haber nacido esclavo carecía de parentesco por cognación, siendo la suya sólo una ***cognatio servilis***, fundada en el ***contubernio***, no en el matrimonio, de ahí que en lugar de los cognados del liberto, sucedieran al patrono con sus descendientes y demás parientes.

Con el posterior desarrollo del derecho sucesorio, en la sucesión de los libertos fue teniéndose en cuanta el parentesco de sangre creado por la esclavitud, limitándose el derecho a heredar del patrono y de sus parientes a favor de los padres y parientes del liberto, siempre que gozaran de libertad.

Por fin, **el derecho justinianeo** *estableció en la sucesión del liberto el siguiente orden*: ***descendientes del liberto***; ***patrono***, ***hijos naturales del patrono*** y ***colaterales hasta el quinto grado***, y por último, ***cónyuge supérstite***.

Capítulo III
SUCESIÓN TESTAMENTARIA

1. CONCEPTOS GENERALES.- EL TESTAMENTO

La sucesión testamentaria excluye a la sucesión ab intestato.

El heredero es designado en un acto llamado **testamento**, que ULPIANO define de la siguiente manera: ***"Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat"*** *-La manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte-*. MODESTINO, por su parte decía que: ***"Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod, quis post mortem suam fieri velit"*** *-Es la justa declaración de nuestra voluntad acerca de lo que cada uno quiere que se haga después de su muerte*[567].

Si estas definiciones, que presentan estrecha coincidencia, no son precisas, ello no tiene nada de particular, pues los textos romanos no atribuyen grande importancia a las definiciones y a las enunciaciones de carácter general; pero en cambio la conceden al contenido de las diversas instituciones jurídicas y a sus efectos.

Para el romanista D'ORS[568] "El ***testamentum*** es un acto solemne por el que una persona con capacidad para ello -***testamenti factio***- hace constar su voluntad dispositiva sobre su propio patrimonio, para después de muerte. Por este acto una persona ***sui iuris*** y capaz da una ley al propio patrimonio, pero una ley que entra en vigor a su muerte y que puede ser libremente revocada hasta ese momento por un nuevo testamento".

---

[567] D. 28, 1, 1.

[568] D'Ors; Derecho Privado Romano, Octava Edición, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1991, pg. 328 y 329.

En el derecho romano, la sucesión intestada tuvo menos importancia que la testada, la conciencia social romana consideraba que *el testamento era el acto más importante de la voluntad del ciudadano, al punto de que en Roma era deshonor morir sin testar.* Sólo en el período postclásico, con la crisis económica, el testamento perdió importancia. El ***favor testamenti***, consiste en reconocer prevalencia a la sucesión testamentaria sobre la sucesión legítima o ***ab intestato***.

De lo expresado, *el testamento romano puede definirse como: un acto jurídico de última voluntad de derecho civil, unilateral, personalísimo, formal y revocable que contiene necesariamente la institución de uno o varios herederos bien directamente bien como substitutos de los instituidos en primer lugar, en el que pueden ordenarse, además disposiciones varias como legados y fideicomisos, concesiones de libertad, desheredación, nombramiento de tutores, manumisión de esclavos, asignación del patronato, ordenación de supultura*, etc.

Como modelo de testamento presentamos el ejemplo de *Eduardo Alvarez-Correa*[569].

"Yo, **Cornelio**, *desheredo* (deshedación) *a mi hijo* **Ticio** de cualquier bien de la herencia por mala conducta y sus crímenes contra la familia. *Nombro a mi hijo* **Antonio** *heredero de todos mis bienes, derechos y obligaciones* (institución de heredero) o, *si* **Antonio** *muriere antes de abrirse mi testamento, a mi hermano* **Adriano** (sustitución de heredero). *Mi heredero deberá retirar de los bienes que he dejado los muebles de mi casa, que dejo a mi mejor amigo* **César** *en agradecimiento por sus servicios que me ha prestado* (legado para un legatario)".

CARACTERES DEL TESTAMENTO ROMANO

El testamento presentaba los siguientes caracteres, si bien no todos conservan siempre el mismo valor en las diversas épocas históricas[570].

1°. Era una institución del ius civile.- En el testamento, así como en toda la institución de la herencia, fue extraño todo aporte del derecho de gentes.

Siendo el testamento una institución del derecho civil, sólo los ciudadanos romanos podían testar.

2°. Era un acto personal.- *La expresión de la voluntad del testador no podía hacerse por medio de representante.*

Las personas incapaces, que no podían expresasr su voluntad, no podían testar.

[569] ÁLVAREZ-CORREA, Eduardo, op. cit. pag. 370.
[570] RAVEAU, Rafael; op. cit. pg. 253 y 254.

Este principio sufría excepción en la ***sustitución pupilar***, de la que trataremos más adelante.

3°. ***Estaba sujeto a formalidades.***- El testamento era válido si en su otorgamiento se habían observado las formalidades prescritas.

Estas formalidades servían para segurar la fiel expresión de voluntad del testador.

4°. ***Era un acto unilateral.***- En consecuencia, *contenía la expresión de la voluntad de una persona.* No existía en el testamento concurso de voluntades o consentimiento, como en las convenciones.

5°. ***Era un acto mortis cuasa.***- Cualquiera que fuese la fecha de su otorgamiento, *sólo tenía valor jurídico en el momento de la muerte del testador.*

6°. ***Era esencialmente revocable.***- Si tenía valor a la muerte del testador, era lógico que éste pudiera mudar de voluntad otorgando un nuevo testamento.

2. FORMAS DEL TESTAMENTO: DEL TESTAMENTO CIVIL Y DEL TESTAMENTO PRETORIO

Las distintas formas de testar en Roma, varían según las épocas, y *al rigor del antiguo derecho civil se opuso el pretor por medio de la* ***bonorum possessio contra tabulas*** y más adelante **el derecho postclásico**, haciéndose eco de las necesidades que imponía un tráfico jurídico más activo y complejo, *admitió para los testamentos formas menos rígidas y desprovistas de exageradas solemnidades.*

Diferentes maneras de testar fueron admitidas sucesivamente **por el derecho civil antiguo, por el derecho pretoriano** y **por las constituciones imperiales.**

DEL DERECHO CIVIL

Según GAYO, el primitivo derecho civil admitía dos formas de testamento: ***El testamentum in calatis comitiis*** y ***el testamentum in procinctu***, el primero en tiempo de paz y el segundo durante la guerra.

1. **Testamentum in calatis comitiis.**- Testamento *ante los Comicios Calados.*- Este testamento se hacía ante los *comicios curiados*, convocados a este efecto (calata) o presididos por los pontífices, los que se reunían dos veces al año (el 24 de marzo y el 24 de mayo, según RAVEAU, citando a Mommsen), pues la evolución de la sucesión no solamente interesa la transmisión del patrimonio, sino también la del culto privado. Es punto discutido si el pueblo tenía facultad de rechazar la proposición de testamento o si se limitaba, con el carácter de testigo, a recibir las disposiciones testamentarias.

2. **Testamentum in procinctu.**- Este testamento llamado "**en cincho**" (***procinctu***) porque *lo realizaba un soldado armado con su coraza, tenía lugar en época de guerra*, e inmediatamente después de haber consultado a los auspicios para alguna batalla inminente. El jefe de familia soldado, que quería testar antes de marchar al combate, declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, que representaban la asamblea del pueblo.
3. **Testamentum per aes et libram** (*testamento mancipatorio*).- Fue un tercer testamento ***iure civile***, el cual primeramente restringió la sucesión intestada y con el tiempo acabó con excluirla por completo. El testamento mancipatorio se impuso en la vida jurídica de los romanos al punto de que poco a poco fue quedando como única forma de testar, de la cual procedieron las demás creadas con posterioridad.

Como los comicios calados se reunían dos veces al año, el padre de familia que veía próximo su fin y que no quería esperar la próxima reunión de los comicios para testar, testaba ***per aes libram***, es decir usándose el mismo procedimiento del modo de adquirir el dominio llamado ***mancipatio***.

Mediante este testamento el testador vendía su patrimonio en bloque a un hombre de confianza, entendiéndose que el comprador ficticio del patrimonio -***familiae emptor***- distribuía los bienes a las personas indicadas por el testador, después de la muerte de éste. *El comprador era un mero vehículo de transmisión*, y no un heredero, aunque actuaba como heredero -***loco heredis***-. Los que recibían los bienes eran legatarios.

La ceremonia por la cual el testador entregaba el patrimonio al comprador ficticio era una ***mancipación***, de donde deriva su nombre: ***testamento per aes et libram***, la ceremonia más usual desde el siglo II antes de Cristo (época de la República) hasta la época postclásica (Bajo Imperio). ***El procedimiento era el siguiente*** [571]:

1. *El testador redactaba de antemano el documento por el cual atribuía sus bienes para después de su muerte.* Excepcionalmente, podía redactarse este documento en presencia del ***familiae emptor*** y de los testigos. Era más usual redactarlo en tabletas primero, para conservar el secreto.
2. Luego se celebraba ***la mancipación*** o *venta ficticia, por la cual el testador entregaba las tabletas al* ***familiae emptor*** en presencia del ***libripens*** y *cinco testigos más. El comprador decía*: "Conservándote tu familia y tu fortuna en virtud de un mandato y bajo mi custodia, para que puedas hacer un testamento según la ley pública, que ello me sea comprado por

[571] ÁLVAREZ CORREA, Eduardo, op. cit. pg. 373 y 374.

este bronce y por esta balanza de bronce". Luego golpeaba la balanza con el cobre, y entregaban el bronce al testador como simulacro del precio. El testador con sus tabletas en la mano, decía: "Doy, lego, testo, como está escrito en estas tabletas y sobre esta cera. Ustedes Quirites, préstenme testimonio". Esta declaración del testador era la más importante de la ceremonia, y llevaba por nombre la ***nuncupatio*** o "nombramiento solemne y público".

3. *Los testigos sellaban las tabletas con sus sellos privados.*

   La cinta con que las tablas de cera se tienen cerradas lleva *siete sellos*, correspondientes a los testigos de la ***mancipatio***, al ***libripens*** y al ***familiae emptor***. Se han conservado numerosos originales de testamentos y también copias y traducciones procedentes en su mayor parte de **Egipto**[572].

4. **Testamento nuncupativo**[573].- En una época incierta, pero seguramente posterior al perfeccionamiento del testamento ***per aes et libram***, *fue admitido en el derecho civil que un ciudadano pudiese testar oralmente con la ayuda de una simple* ***nuncupatio***, declarando en alta voz el nombre del heredero, y sus últimas voluntades, delante de *siete testigos*. Esto era el testamento nuncupativo. Ofrecía menos garantía que el testamento ***per aes et libram***, pero tenía la ventaja de hacerse más rápidamente y de no exigir ningún escrito.

DERECHO PRETORIO

Junto al testamento ***per aes et libram*** el pretor reconoció indirectamente otro de formas más sencillas, que concedía la ***bonorum possessio secundum tabulas***, o sea la simple posesión de la herencia al que resultase instituido heredero en virtud de testamento redactado en presencia de *siete testigos, y signadas las tablas por los sellos de éstos*. **Los siete testigos de derecho pretorio** *recordaban probablemente a los cinco del derecho civil*, con más el ***libripens*** y el ***familiae emptor***.

Cuando un testamento estaba revestido de estas formas, el pretor sólo exigía que fuesen cumplidas las formalidades del derecho civil, dando al heredero instituido la ***bonorum possessio secundum tabulas***. Bajo el reinado de ANTONINO EL PIADOSO, ***esta bonorum possessio se hizo cum re***, es decir, que el ***bonorum possessor*** pudo descartar las pretensiones de los herederos ***ab intestato***, oponiendo la excepción de dolo a la petición de la herencia[574].

---

[572] KASER, Max, op. cit. pg. 312.
[573] PETIT, Eugène, op. cit. p. 516.
[574] PETIT, Eugène, op. cit. p. 516.

3. FORMAS DE TESTAR EN EL DERECHO NUEVO[575].

En la **época postclásica** el testamento puede ser escrito *-**per scripturam**-* y ***oral -per nuncupationem-***.

1. ***Testamento escrito.***- TEODOSIO II y VALENTINIANO III disponen que el testamento escrito ha de otorgarse ante *siete testigos. Extendido por el testador de su propio puño o por un escribano en su nombre -**testamentarius**-, ha de presentarlo abierto o cerrado a los siete testigos que deben ser ciudadanos romanos púberes, y simultáneos y rogados, esto es, llamados expresamente.* ***El testador declara ante ellos que el documento contiene su voluntad***, y en presencia de los mismos -***coram testibus***- lo firma, y firmándolo y *sellándolo los testigos en un mismo día y tiempo*, adquiere fuerza, importando poco a poco que los llamados a testificar ignoren lo dispuesto por el otorgante. *En el caso que el testador no sepa de letras o no pueda firmar, se exige la intervención de un **octavo subscriptor**[576]. Por disposición de los mismos emperadores se admite la posibilidad de testar en lengua griega.*

   JUSTINIANO acoge las normas señaladas, si bien limita la exigencia propia de la época clásica como consustancial al acto mancipatorio -***de la unitas actus***-, esto es, del cumplimiento del acto sin ninguna interrupción. De otra parte si el testador escribe de su propio puño, y tal hace constar especialmente en la escritura, no se exige, ni de él, ni de otro por él, firma alguna. Deben manifestarse los nombres de los herederos, o de la letra del testador, o dándoles a conocer de viva voz a los testigos, cuando no hubiere podido hacer lo primero, pero de modo que éstos no dejen de indicar en sus firmas a las personas llamadas a heredar. No pueden ser testigos los locos, salvo en los momentos de lucidez, los mudos, los sordos, los pródigos, los impúberes, las mujeres, los ***improbi et intestabilis***, los esclavos y los extranjeros.

   El testamento escrito es llamado por JUSTINIANO ***tripertitum***, en consideración a su triple origen: la necesidad de los testigos y su presencia en un solo acto arranca del derecho civil antiguo; las suscripciones del testador y de los testigos, de las Constituciones Imperiales; los sellos y el número de testigos, del Edicto Pretorio[577].

---

[575] IGLESIAS, Juan, op. cit. pg. 560 y 561.

[576] C. 6, 23, 21, 1.

[577] "Pero cuando paulatinamente, así por el uso de los hombres como por las enmiendas de las Constituciones, comenzó a juntarse en una sola concordancia el derecho civil y el pretoriano, se estableció, que en un solo y mismo lapso de tiempo, que en cierto modo exigía el derecho civil, con asistencia de siete testigos y con sus firmas, lo que

TEODOSIO II y VALENTINIANO III sancionan la validez del testamento escrito anteriormente de puño del testador -***holografa manu***-, y sin la necesidad de testigos. Esta norma que pasa a Occidente a través de la ***Lex Romana Burgundionum***, no tiene acogida en la compilación justinianea.

2. ***Testamentum per nuncupationem***.- Testamento oral, se requiere la presencia de siete testigos, reunidos juntamente y en un mismo tiempo para oír la voluntad del testador, como de quien hacía testamento ***sine scriptura***.
3. ***Testamentum publicum***.- Este testamento podía adoptar dos formas: ***La testamentum apud acta conditum*** y la de ***testamentum principi ablatum***. El primero se hacía ante la autoridad judicial o municipal, la cual levantaba acta de las manifestaciones y palabras del testador. El segundo se entregaba escrito para ser registrado y custodiado en el archivo público.

4. TESTAMENTOS ESPECIALES O EXTRAORDINARIOS

El derecho romano estableció formas especiales de testamento para casos excepcionales.

Testamento del ciego.- Una Constitución de Justiniano del año 521, confirmada por JUSTINIANO en las ***Instituciones***, dispone que el ciego sólo puede testar oralmente, en presencia de un ***tabularius*** (notario) y de siete testigos; que el testamento se redacte por escrito por un *tabularius*; *que enseguida el testamento sea leído al testador en voz alta y confirmado por él en presencia de los siete testigos*. La falta de un *tabularius* se suplía con un octavo testigo; en cualquier caso la escritura debe ser firmada y sigilada por los testigos y el notario[578].

Testamento del que no sabe escribir.- Para la validez del testamento otorgado por el *analfabeto se exige la intervención de un octavo testigo*, que firma por él.

Testamento en tiempo de epidemia.- ***Testamentum tempore pestis conditum***-Por razones de fuerza mayor, en tiempo de epidemia y a fin de evitar el contagio, que aterra a los testigos, se suavizó algo en el derecho. Pero no se suprimieron por completo también las solemnidades de los testamentos. Porque atacado de tal enfermedad el testador se dispensó que los testigos se juntaran y reunieran

fue introducido por las Constituciones, se impusieran también a los testamentos los sellos del edicto del pretor; a fin de que aparezca que esta formalidad de derecho es de triple origen..." I, 2, 10, 3.

[578] GUZMÁN BRITO, Alejandro; *Derecho Romano, Tomo II*, op. cit. pg. 423 y 424.

en aquel momento, sin que también se suprimiera la formalidad de reunir el número de aquéllos. DIOCLECIANO *dispuso que no era necesario que los testigos estuviesen reunidos ni en inmediata vecindad con el testador*[579].

Testamento hecho en el campo -*Testamentum ruri conditum*- JUSTINIANO *reguló un especial testamento de las personas "rústicas"* o *campesinos*: en principio, deben concurrir *siete testigos rogados*; si no los hay, *hasta cinco*, pero no menos; los concurrentes deben estar presentes y conocer el contenido del testamento y firmar el escrito; *por los que no saben escribir deben firmar los que saben hacerlo*; después de la muerte del testador, los testigos deben confirmar con juramento la voluntad declarada por aquél[580].

Testamento en beneficio de la Iglesia o de obras pías (*piae causae*): CONSTANTINO declara que estas disposiciones están exentas de la observancia de formas legales. Otros privilegios concedidos a la Iglesia se extienden a las obras pías (C. 1. 2.14).

5. "TESTAMENTUM MILITIS"

Habiéndose elevado al poder JULIO CÉSAR, gracias a sus victorias, establece un régimen especial para el testamento de los militares, concediendo privilegios temporales a los soldados, después TITO y DOMICIANO. Luego el emperador NERVA, *otorgó a los militares amplísima libertad*, que fue mantenida por TRAJANO, y a partir de entonces, se admite que los soldados, "*hagan sus testamentos como quieran, y como puedan, y baste la simple voluntad del testador para la distribución de sus bienes*"[581].

La formación de un régimen particular (***ius singulare***) a favor de los militares representa no sólo la derogación de las formas requeridas por el derecho civil, sino también innovaciones fundamentales que motivan la prevalencia de la voluntad del testador sobre las palabras o verba[582].

Estos privilegios alcanzaban a la vez a la forma y al contenido del testamento; nos ocuparemos sólo al privilegio *referente a la* **forma**.

En principio la voluntad del soldado constituía un testamento válido, de cualquier manera que estuviese manifestada, y *podía testar confiando en su última voluntad a un compañero de armas, escribiéndola con su sangre sobre su escudo, o trazándola sobre la arena con la punta de su espada*. Pero en todos estos casos, es

[579] C. 6. 23. 8.
[580] GUZMÁN BRITO, Alejandro; *Derecho Romano, Tomo II*, op. cit. pa. 424.
[581] D. 29. 1. 1).
[582] GARCÍA GARRIDO, Manuel J.; op. cit. pg. 764.

necesario que la voluntad sea cierta, y que haya sido expresada seriamente. Para justificar este privilegio de forma, GAYO alega la ignorancia del soldado: ***nimiam imperitium***.

La duración del privilegio era limitada. En la época clásica, el militar disfrutaba de él durante todo el tiempo de su servicio. Con JUSTINIANO el privilegio sólo alcanza al tiempo de campaña, y no a aquél en que se hace vida en guarnición. El testamento militar hecho en este período privilegiado, sólo quedaba válido durante un año después de licenciado el testador.

El testamentum militis goza del privilegio, no sólo en lo referente a la forma, como hemos visto, sino también en lo que atañe a la parte sustantiva o de contenido, en orden al mismo se dan, entre otras, las siguientes **particularidades**: el ***fuliusfamilias militar*** puede disponer del peculio castrense; el que ha sido condenado ***ex militari delicto***, adquiere la facultad de otorgar testamento, siempre que lo permita en la misma sentencia el que lo condenó, no rigen las incapacidades disciplinadas por la ***Lex Iulia et Papia Poppea***; la regla ***nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*** (nadie puede morir en parte testado, en parte intestado) no se aplica aquí, sino tan sólo con referencia al derecho burgués; *los bienes hereditarios no están sujetos a las normas de deducción de la quarta falcidia*; es inaplicable la ***querela inofficiosi***, entre otras.

6. CAPACIDAD PARA TESTAR

La capacidad para otorgar testamento, de ser testigo en un testamento, de ser heredero, legatario o favorecido con una cualquiera disposición testamentaria es llamada por los romanos ***testamenti factio***[583].

Según el principio del derecho civil, sólo tenían capacidad para testar *-testamenti factio activa-* el ciudadano romano *sui iuris púber*. Además debía haber gozado ininterrumpidamente de esa capacidad desde el momento de la redacción de su testamento, hasta su muerte, la rigidez del principio dio lugar a varias **excepciones, como**:

1. *El pretor permitió considerar el testamento como válido si el testador había sido capaz en el momento de realizar su testamento y en el momento de su muerte*, sin tener en cuenta el período intermedio, a condición de que la capacidad o falta de ella se refiera a la condición jurídica de ciudadanía. Tal es el caso de un testador que habiendo redactado su testamento, perdía su calidad de ciudadano al ser tomado prisionero por el enemigo,

[583] D' Ors, op. cit pg. 277, expresa que la idoneidad para hacer testamento se llama, en lenguaje de los juristas escolásticos, la *testamenti factio*.

pero que recobró su libertad y murió en Roma con su plena capacidad de ciudadano.

2. *Para los casos en que la incapacidad no dependía del status de ciudadanía* sino de algún elemento relacionado con la naturaleza del individuo, bastaba que la capacidad hubiese existido en el momento en que se redactó el testamento, por tanto era válido el testamento del que murió demente o pródigo interdicto o esclavo si en el momento de su redacción el testador había sido lúcido, o no pródigo o libre.
3. *Las personas cuyo dominio sobre un patrimonio no era seguro -**statu sui incerti**- podían testar.* Así, el esclavo liberado por un testamento podía desconocer que patrimonio tenía, pero esto no le impedía testar. Igualmente, un hijo de familia en campaña militar podía ignorar si su padre, a quien dejó gravemente enfermo, vivía aún. Si no vivía, el hijo sería heredero de todo o de una parte de la sucesión, de lo cual podría disponer él mismo por testamento.
4. *En el reino de* ADRIANO *se permitió a las mujeres testar con la **auctoritas tutoris**,* a condición de ser púberes.

Personas que carecían de *testamenti factio activa*. Entre ellas estaban:

1. *Los peregrinos, los latinos iunianos y los dediticios.*
2. *Los esclavos*, excepto los ***servi publici*** que tienen un patrimonio y que pueden disponer de la mitad de sus bienes por testamento.
3. *Las mujeres ingenua sui iuris*, que permanecían agnadas en su familia civil. Según GAYO, la finalidad era asegurar la transmisión de sus bienes a los agnados. En cambio la mujer podía testar si por una ***capitis deminutio mínima*** salía de su familia civil.
4. *Los hijos de familia, las mujeres sometidas a la manus* y *las personas in mancipio sin patrimonio.*

   Cabe advertir que *los hijos de familia pudieron testar desde el día en que fueron propietarios de ciertos peculios*, lo que sucedió, en primer lugar, con los peculios castrenses; para el peculio cuasi castrense ese derecho no se otorgó en forma general sino bajo Justiniano.
5. *Los que habían sido testigos y negaban su testimonio.* **La Ley Decenviral** los declaraba ***improbi et intestabilis***. No podían testar, ni ser testigos, ni ser instituidos herederos.

Personas con incapacidad de hecho.- Las personas que tenían derecho de testar, más no el ejercicio, eran:

1. *Los impúberes **sui iuris***, por carecer del ejercicio necesario.

2. **Los locos**, salvo en los intervalos de lucidez.
3. **Los pródigos interdictos**, por carecer del ***ius commercium***. El testamento tiene valor si se hace antes de la interdicción.
4. *Los sordos y los mudos*. Pero si la enfermedad es sólo accidental y el causante hacía el testamento antes de la enfermedad, el testamento era válido.

7. CAPACIDAD PARA SUCEDER POR TESTAMENTO

Testamenti factio pasiva *es la idoneidad para ser instituido heredero, para adquirir legados o para ser nombrado tutor*. Con referencia a la primera manifestación no pueden ser herederos testamentarios de *un civis* los extranjeros, salvo que el testador sea militar. Se hace excepción también con los esclavos, que son extranjeros políticamente, pero forman parte de una familia romana. *Los esclavos del testador pueden ser instituidos herederos, siempre que se les con fiera al propio tiempo libertad*; lo que ya no es preciso en el derecho justinianeo, donde la sola institución les hace libres.

Los ***latini iuniani*** gozan de ***testamenti factio***, pero lo a ellos dejado se considera ***caducum***, y, por consiguiente es adquirido por el fisco.

Las personas ***alieni iuris*** *pueden ser instituidas herederos ya por su pater o por un extraño*. Sólo que en el último caso adquieren para aquél que ejerce sobre ellas la ***patria potestas***.

No cabe ser instituidas las *personas inciertas*, es decir aquellas de las que el testador no tiene una imagen o idea precisa.

Se consideran también como personas inciertas:

a) *Los hijos no nacidos aún, en el momento de la confección del testamento, llamados póstumos*. De esto resultaba graves consecuencias. El padre de familia que hacía su testamento estando su mujer en cinta no podía instituir al hijo de antemano, y el testamento quedaba roto por el nacimiento de este hijo, es decir, de un heredero suyo que no había podido ser instituido ni desheredado. El derecho civil para remediar este inconveniente, permitió en buena hora al jefe de familia instituir o desheredar los póstumos suyos, los que nacen del testador herederos suyos.
b) **Las personas morales**. Sin embargo, un senadoconsulto permite a los municipios ser instituidos herederos por sus manumitidos, y las constituciones dieron la ***testamenti factio*** a ciertos dioses, es decir, a los colegios de los sacerdotes consagrados a su culto.

Las mujeres no podían ser instituidas herederas por un ciudadano de primera clase, es decir, que tenían una fortuna de cien mil ases al menos, comprobada

sobre los registros del censo. Esta incapacidad resaltaba la ***Lex Voconia***[584], con la finalidad de impedir la riqueza excesiva de las mujeres.

En que época debe ser capaz el instituido.- Para que la institución sea válida se exige en el instituido la ***testamenti factio*** en tres épocas diferentes: En el momento de la confección del testamento; en el momento de la delación de la sucesión y en el momento en que el instituido toma parte, es decir, acepta o rehúsa la sucesión.

8. CONTENIDO DEL TESTAMENTUM "HEREDIS INSTITUTIO"

El testamento puede contener disposiciones de varia índole: ***heredes institutio, ex hereditatio, legata fideicommissum, tutoris datio, manumissio, libertorum adsignatio.***

La fuerza del testamento arranca, en efecto, de la designación de heredero, esto es, del sucesor universal del difunto.

En cuanto a la **forma** ***es preciso usar la forma imperativa***; es usual la de: ***Titius heres esto***, aunque se permite también la de ***Titium heredem esse iubeo***. El derecho clásico admite algunas excepciones en cuanto al uso de esta fórmula. También se permite el uso de la *lengua griega*. Una ley de Constantino admite para la institución de heredero el empleo de ***quaecumque verba*** y un orden cualquiera de las disposiciones.

"*El testador puede instituir uno o varios herederos. Instituyendo a varios*, no le es dable repartir entre ellos el patrimonio por objetos específicos, y determinados, sino *por cuotas o fracciones numéricas*. Las cuotas hereditarias se fijan comúnmente según el sistema duodecimal: *la totalidad del patrimonio se llama* ***as***, y éste se divide en *doce partes, denominadas* ***unciae***. *Cada parte o fracción tiene un nombre propio*: **sextans**, dos unciae o sexto del as; ***quadrans***, tres unciae o cuarto del as; ***triens***, cuatro unciae o tercio del as; ***quincunx***, cinco unciae; ***semis***, seis unciae o mitad del as -***semis as***; ***septunx***, siete unciae; ***bes***, ocho unciae o dos (terceras) partes del as -***bis treins***-; *dodrans*, nueve unciae o menos un cuarto del as; ***dextans***, diez unciae o menos un sexto del as; ***deunx*** once unciae o menos un uncia del as. ***No es menester sin embargo que el testador se atenga a este sistema, sino que puede formar el as con el número de unciae que quiera***"[585].

---

[584] *LEX VOCONIA*.- Plebiscito rogado por el tribuno **Q. Voconius Saxa**, del año 169 a.C. prohibiendo el dejar al heredero menor cantidad que al legatario más vaforecido, así como impedir a los ciudadanosde la primera categoría del censo -con capacidad económica superior a cien mil ases- instituir herederos a las mujeres.

[585] IGLESIAS, Juan, op. cit. pg. 569.

Cuando el testador no hace ninguna asignación de cuotas, los herederos suceden por partes iguales.

En el caso de que asigne a cada heredero la cuota, pero sin distribuir la totalidad del ***as***, la parte excedente se prorratea entre las porciones prescritas. Si por el contrario, las cuotas asignadas exceden del ***as***, se procede análogamente a una reducción proporcional.

Instituidos unos herederos con asignación de cuotas ***cum parte*** y otros sin ella ***sine parte***, corresponde a estos últimos, por partes iguales, el residuo, es decir, la parte no asignada. Pero si la institución ***cum partibus*** agota el ***as***, se presume que el testador ha querido dividir la herencia ***en dos ases*** -***dupondium***-, de suerte que uno va a parar a los instituidos que tienen señalada porción y otro -***por cuotas iguales***- a los herederos ***sine parte***. En la misma hipótesis, si las partes asignadas superan el ***dupondium***, se supone dividida la herencia *en tres ases, en cuatro,* etc.

La institución de heredero *en una cosa cierta y determinada* -***heredis institutio ex re certa***- contradice la esencia de la sucesión universal. No obstante, para mantener la vigencia del testamento se considera válida la institución suprimiendo su limitación a cosa cierta.

La institución de heredero puede subordinarse a condición suspensiva. El plazo suspensivo no es permitido y si se establece, se suprime. El instituido es heredero inmediatamente. Tampoco se permite las condiciones resolutorias o los plazos *ad quem*, pues la condición de heredero por su carácter absoluto, no admite limitaciones temporales. Casos especiales de institución condicional son las instituciones de heredero sustituto -***substitutio***-.

9. LA SUSTITUCIÓN HEREDITARIA

Casos especiales de institución condicional son *las instituciones de heredero sustituto* -***substitutio hereditatis***-. Las *sustituciones* fueron disposiciones, contenidas en el testamento, por medio de las cuales se llamaba a la herencia o a cuotas partes de ella a un ***heredero designado en orden subsidiario***, para el caso de que el primer instituido no adquiera la herencia.

El derecho clásico conoce dos clases de sustitución: la sustitución vulgar -***substitutio vulgaria***- y la sustitución pupilar -***pupillaris substitutio***-. A ellas se añade en la época justinianea, la sustitución *cuasi pupilar.*

a. **Sustitución vulgar.**- En su forma regular de ***substitutio vulgaris*** se instituye un heredero sustituto para el caso de que el heredero primeramente instituido no llegue a ser heredero por haber premuerto al causante o por haber repudiado la herencia. *También puede nombrarse un* ***sustituto***

para el sustituto. La sustitución sirve para evitar, en el caso de que el instituido no llegue a ser heredero, *que la herencia vaya a los herederos ab intestato.*

b. **Sustitución pupilar**.- *Consiste en el nombramiento al propio hijo impúber*, para el caso de que éste muera antes de alcanzar la pubertad, y, consiguientemente, en un momento en que todavía no puede testar. De este modo haciendo testamento *el paterfamilias en lugar del filius*, se evita la apertura de la sucesión *ab intestato*, a lo que se llagaría si muriera el último en un estado en que faltase la idoneidad para el ***testamenti factio activa***.

c. **Sustitución cuasi pupilar**.- JUSTINIANO introdujo, la denominada -***substitutio quasi pupillaris***- que tenía lugar cuando los ascendientes paternos o maternos nombraban un sustituto al heredero afectado de alguna enfermedad mental, para el caso de que falleciera sin haber recuperado el uso de la razón.

10. LA DESHEREDACIÓN

Según la **Ley de las XII Tablas** *la voluntad del jefe de familia regularmente expresada en el testamento*, **hacía ley**. Investido de una autoridad paterna que le daba derecho de vida y muerte sobre sus hijos, podía con más justa razón privarles de la sucesión. Sin embargo, del mismo rigor de este poder los jurisconsultos sacaron una *reforma favorable para los hijos*. Los que tenía el jefe de familia bajo su autoridad directa, se les consideraba como investidos de una especie de ***copropiedad latente sobre los bienes paternos***, que casi siempre habían contribuido a acrecentar por sus adquisiciones. A su muerte debían recoger este patrimonio que era suyo, según la expresión sancionada, teniendo derecho a la sucesión como *heredes sui*.

LA DESHEREDACIÓN SEGÚN EL DERECHO CIVIL

En un principio el padre de familia estaba obligado a instituir o desheredar a los herederos suyos. No debía tampoco omitirlos, es decir, pasarlos en silencio.

Si se omitía a un hijo, el testamento se anulaba, para la *escuela sabiniana el testamento es nulo ab initio*, aunque el preterido hubiese muerto antes del testador.

La escuela proculeyana, cuyo criterio prevaleció, consideró, que cuando el hijo moría antes que el testador, la herencia podía adquirirse por testamento, no obstante, el criterio de los sabinianos se aceptó bajo Justiniano.

Si se pretería a las hijas y nietos, el testamento no era nulo, los omitidos tenían derecho a recibir una parte igual a la sucesión si los instituidos eran herederos suyos y necesarios, o la mitad de la herencia si eran extraños.

LA DESHEREDACIÓN EN EL DERECHO PRETORIANO

Este derecho impuso al testador la obligación de instituir o desheredar, no sólo a los herederos de sí mismo presentes, sino también a todos los descendientes, que lo serían de no haber sufrido una *capitis deminutio minima* y que no formen parte de otra familia.

Por ellos, el pretor debía instituir o desheredar a los hijos emancipados. La misma obligación se impuso al padre natural para el hijo que dio en adopción, si el padre adoptivo lo emancipaba. Adviértase el cambio de las reglas de desheredación: ya no se funda, como en el *ius civile,* sobre la copropiedad de familia, sino en el parentesco natural; *al padre le toca decidir si sus hijos serían o no sus herederos por causa del vínculo consanguíneo que a él les une.*

El pretor no distingue entre los hijos omitidos; establece la misma sanción en todos los casos y otorga al hijo preterido la parte que hubiere tenido si hubiese recogido la sucesión ***ab instestato*** como heredero suyo. A esta sucesión del derecho pretorio se le conoce con el nombre de ***bonorum possessio contra tabulas.***

REFORMAS DE JUSTINIANO

JUSTINIANO reformó las reglas de la desheredación por una constitución del año 531, del modo siguiente:

1° *Suprime toda distinción entre los descendientes, para la forma de la desheredación.* Todos deben ser desheredados o instituidos nominativamente.

2° *Confirma el derecho pretoriano*, exigiendo que el padre de familia instituya o desherede los descendientes que hubiesen tenido la cualidad de herederos suyos si no habrían sufrido una ***capitis deminutio minima.***

3° *Siguiendo la doctrina sabiniana, decide que toda omisión de un heredero suyo* ***lleve la nulidad ab initio del testamento,*** suprimiendo por consecuencia ***el ius adcrescendi.***

4° En fin, mantiene concurrentemente la teoría del derecho civil y la del derecho pretoriano en cuanto a los efectos de la omisión: nulidad del testamento, si es un heredero suyo quien está omitido; y apertura de la ***bonorum possessio contra tabulas***, si es un emancipado.

11. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

La eficacia del testamento tiene su fundamento en la voluntad del disponente. Los juristas elaboraron una serie de reglas sobre la interpretación de las cláusulas testamentarias en las que debe prevalecer siempre la voluntad del testador. En la jurisprudencia republicana se da la mayor relevancia a la ***voluntas defuncti***, y según TUBERÓN *"las palabras son sólo un medio de expresión de esa voluntad".*

Reconoce SERVIO SULPICIO RUFO que debe verse la intención del que hace el legado y en qué grupo de cosas solía contar el objeto en cuestión, pero que si solía incluir en el mobiliario una cosa que pertenece sin duda posible a otro género, por ejemplo, la vajilla de plata, los capotes o las togas, no por ellos debe considerarse que tales cosas entren también en el legado del mobiliario, *pues las palabras deben entenderse en el sentido del uso común y no según las preferencias personales* (D. 33. 10. 7. 2.). En relación con las condiciones que se ponen en los testamentos, Ulpiano, 5 disp. D. 35. 1. 19, afirma que "*tiene preferencia la voluntad del difunto, que es la que impera las condiciones*". Esta prevalencia de la voluntad perdura hasta Justiniano, el cual reconoce que siempre seguimos los vestigios de la voluntad del testador (C. 6. 37. 23. C. 6. 27. 5. 1ª I. 2. 20. 2).

La llamada "*cuestión de voluntad*" (***quaestio voluntatis***), estudiada por los retóricos y aplicada ante el *tribunal de los centunviros*, fue tratada por los juristas en la interpretación del testamento para salvar una voluntad que no podía manifestarse de nuevo. El pretor concede la ***exceptio doli*** cuando el legatario solicita la ejecución de una disposición testamentaria que va contra la voluntad del difunto (D.44. 4. 4. 10; Gayo. II. 198; D. 29. 1. 36. 3).

En la determinación de la voluntad testamentaria se excluye la intervención de cualquier voluntad extraña. Según una antigua regla de derecho: "*los derechos testamentarios deben valer por sí mismos y no dependen del arbitrio ajeno*" D. 28. 5. 32. 1. Los herederos han de ser nombrados claramente de modo que se pueda oír quiénes son; el testador puede pues, designarlos verbalmente o por escrito, pero si los designa verbalmente, debe hacerlo con toda claridad. Claramente quiere decir que se pueda oír, no por todos, sino por los testigos, y si los testigos fuesen muchos, es suficiente que lo oiga el número requerido para su validez (D. 28. 1. 21). *Si después de hecho el testamento se quiere introducir alguna modificación, hay que hacerlo todo de nuevo* D. 28. 1. 21. 1.

12. REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

El testamento puede ser revocado en virtud de una declaración contraria del testador y el acto de otorgar un nuevo testamento revoca el anterior, aunque el nuevo se torne "***desertum***". Al ser el testamento destruido o rota por el testador la cinta sellada que mantenía cerrado, el testamento pierde valor.

Posteriormente se configuran *dos formas de revocación*: **una formal** que corresponde a la declaración jurada del testador ante cinco testigos para incluir herederos "*ab intestato*" y **la informal** por el otorgamiento de un nuevo testamento o destrucción del anterior.

Con JUSTINIANO la simple declaración de voluntad ante tres testigos o ante la autoridad judicial, después de diez años de haber sido otorgado.

13. INVALIDEZ DEL TESTAMENTO

Las causas de invalidez de los testamentos podían ser iniciales, en cuyo caso el acto no tenía eficacia alguna, ***era nulo ab initio***, o presentarse con posterioridad a su otorgamiento, lo cual lo tornaba ***anulable***.

El testamento afectado por invalidez radical o inicial recibe calificaciones diversas.

1. **Testamentum injustum.**- El no hecho conforme a derecho, adolece de requisitos de fondo, de forma, o hay incapacidad en el testador o instituido "***non jure factum***".
2. **Testamentum irritum.** Siendo inicialmente válido, el testador sufre una "***deminutio capitis***".
3. **Testamentum ruptum.** Cuando se otorga un testamento nuevo o cuando sobreviene un "**heres sui**" varón.
4. **Testamentum inutile.** Cuando el testador ha cometido ***preterición de un "heres sui".***
5. **Testamentum desertum.** Los herederos premueren respecto al testador.
6. **Testamentum destitutum.** Los herederos no quieren o no pueden aceptar la herencia.

14. APERTURA DEL TESTAMENTO

La apertura y la publicación del testamento se hacen observando ciertas formalidades. Ordinariamente el testamento se abre dentro de un plazo de tres a cinco días, a contar desde la muerte del testador, *tiene lugar ante el pretor*, tiene facultad para intervenir *la statio vicesimae* u oficina recaudadora del impuesto sobre las herencias, los próximos allegados del difunto, así como los probables herederos. *Se convoca a los testigos que lo suscribieron y se les pregunta si reconocían los sellos*, si no es posible contar con su presencia, basta el concurso de personas honorables -***viri honesti***-. Reconocidos por los testigos los sellos, se rompe el ***linum***, *se disocian las tabulae y se procede a la lectura pública de su contenido* -***recitatio***-. *Hecha copia del testamento se levanta acta de toda la ceremonia*, se procede a signarlo con el sello de la autoridad para quedar depositado ***in archivum***[586].

La ***Lex Iulia de Vicesima Hereditatum*** o ***Lex Iulia Vicesimaria***, de la época de AUGUSTO, rogada y votada el año 6 después de Cristo, *regula por primera vez el procedimiento de apertura y publicación del testamento*, establece un impuesto del 5 por ciento en las sucesiones de los ciudadanos y ordenando al propio tiempo

[586] D. 29.3.1.

que el acto de la apertura del testamento debe hacerse conforme a las formalidades que establece y en las oficinas de percepción del impuesto.

Los preceptos de la ***Lex Iulia*** fueron recogidos y desenvueltos por el **Edicto Pretorio**, sumándose luego la disciplina minuciosa de las constituciones imperiales y la de la práctica administrativa.

15. DERECHO DE LEGÍTIMAS

El derecho civil antiguo y el derecho honorario reaccionan frente a la absoluta libertad de testar que tiene el ***paterfamilias***, imponiendo limitaciones que afectan a la índole formal del testamento. Se considera que el testamento no está ordenado en forma cuando el disponente pasa en silencio a los *sui* no instituyéndoles ni desheredándoles.

El derecho civil de la época más adelantada y el derecho honorario -este último con referencia a la herencia del liberto- frenan la libertad del testador en razón y medida que afectan el propio contenido del testamento.

La efectiva restricción se logra cuando se impone el **derecho de legítimas**, que obliga al testador a dejar una porción de sus bienes a sus próximos parientes con vocación sucesoria ***ab intestato***.

La reacción a favor de los intereses de sangre o de los herederos de sangre más allegados al testador que hubieran sido preteridos, desheredados o instituidos en escasa porción, nació de la idea de que tal conducta contrariaba *el principio de piadoso efecto* que debe existir entre los miembros de una familia -***officium pietatis***-. El testamento que no consideraba tal deber se dice que es ***inofficiosum***, y la persona traicionada puede impugnarlo.

El instituto de la legítima introducido a fines de la República, *nació para el derecho romano por interpretación del tribunal de los centunviros*, que reputaba que una exclusión injusta de los herederos legitimarios sólo podía emanar de un testador que hubiera descuidado sus deberes de piedad por no estar en su sano juicio, admitiéndose la posibilidad de hacer caer el testamento por medio de una acción particular, ***la accusatio o querela inofficiosi testamenti***.

La cuantía de la legítima se fijó, por influencia de la **Lax Falcidia** *del año 40 a.C.* propuesta por el tribuno P. FALCIDIUS, reglamentando la libertad de legar y *estableciendo que una cuarta parte del haber hereditario debía ser para el heredero*, por lo que si el testador, dispuso por legados por encima de ese límite debían reducirse proporcionalmente tales legados.

La Novela 115, del año 542, elevó la legítima de los descendientes, de modo que teniendo el testador hasta cuatro hijos, el monto era de un tercio y en caso de

tener más, la mitad de la porción intestada. La Novela estableció la necesidad de que se hiciera efectiva la legítima, asignando una porción hereditaria.

Para hacer el cálculo de la porción legítima era necesario tomar en cuanta a todos los llamados a suceder ***ab intestato*** al causante y considerar el estado patrimonial del testador al tiempo de su muerte. Del acervo hereditario había que deducir previamente las deudas de la sucesión, los gastos de funeral y el monto de las manumisiones, no así los legados y demás liberalidades que el testamento contuviera porque correspondía imputarlos al activo de la sucesión.

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

El poder de desheredar no era ilimitado, la "***querela***" o demanda la ejercían los parientes despojados injustamente de su derecho hereditario, *se interponía alegando que el testamento era "****inifficiosum****"*, o contrario a los deberes sobre la base de la denuncia del testador; en todo caso quien alegaba una exclusión injusta debía probarla.

La querela *corresponde a los descendientes, ascendientes, hermanos o hermanas injustamente omitidos* y se requiere para ello que la desheredación sea injusta, que haya ausencia de legítima y la ausencia de otro medio ya que la querela era subsidiaria.

La querela ha de intentarse en el plazo de cinco años, a contar desde la aceptación de la herencia, tocando al querellante demostrar el proceder inicuo del testador. Se concede ***ad personam***, y no de transmite, consiguientemente a los herederos del querellante, a no ser que éste haya preparado el pleito -***praeparatio litis***- o que los herederos mismos sean hijos.

Cesa la querela por renuncia del legitimario, bastando para ello cualquier acto que implique el reconocimiento de la voluntad del testador, muerte del querellante y prescripción de cinco años.

Si el legitimario sucumbe en el juicio, pierde todas las liberalidades que le fueron otorgadas en el testamento.

La querela se dirige contra el heredero instituido en el testamento y acarrea la rescisión de éste, para quedar abierta la sucesión intestada.

Si el testador hubiera perjudicado la legítima con donaciones *inter vivos* o con la constitución de dotes excesivas, se concedía a los herederos legitimarios el derecho de reclamar su anulación valiéndose de dos acciones creadas a imitación de la ***querela inoficiosi testamenti*** por Alejandro Severo: ***la querela inofficiosae donationis y la querela inofficiosae dotis.***

16. CODICILO

El codicilo era un *documento autónomo, extendido a manera de carta*, independiente del testamento, *redactado antes o después de él*, por el cual el testador incluía disposiciones de última voluntad, con excepción entre otras, de la ***heredis institutio*** y la desheredación.

La historia del codicilo se enraíza con la del fideicomiso o ruego remitido a la *fides de una persona*. Por más que el fideicomiso se remonta a tiempos muy antiguos, su eficacia jurídica es reconocida, junto con la del codicilo, por Augusto.

Los codicilos pueden otorgarse con independencia de toda disposición testamentaria -***codicilli ab intestato***-, o a más de un testamento, y de suerte que encuentren confirmación en éste -***codicilli testamento confirmati***-, o que tal no ocurra -***codicilli testamento non confirmati***-.

Los codicilos ab intestato sólo pueden contener fideicomisos, que deben respetar los herederos legítimos.

*Los codicilos confirmados por un testamento -anterior o posterior a ellos- se consideran como parte integrante del mismo -**pars testamenti**-*, y siguen por lo común su propia suerte. ***Mediante tales codicilos cabe ordenar legados, manumisiones directas, nombramiento de tutor y disposiciones fideicomisarias.***

Los codicilos no confirmados sólo pueden contener *disposiciones fideicomisarias* -fideicomiso universal o de cosas singulares, manumisiones indirectas, así como la revocación de las mismas.

Puede ordenar un codicilo quien tenga capacidad para testar, y tanto en el momento de la ordenación, cuanto ***mortis tempore***.

Durante la época clásica la ordenación del codicilo puede hacerse sin sujeción a forma alguna. No ocurre así en el derecho postclásico: CONSTANTINO *exige para los codicilos ab intestato la presencia de cinco testigos o siete testigos*; TEODOSIO II extiende al codicilo el régimen formal del testamento, disponiendo la intervención de siete testigos. JUSTINIANO recoge la prescripción teodosiana, *pero limita el número de testigos a cinco, en tanto que para el testamento son necesario siete.*

El testador puede prevenirse contra la posible ineficacia del testamento, ordenando que si éste no llega a valer como tal, valga como codicilo -***cláusula codicilar***-. Si el testamento reúne los requisitos del codicilo, se opera una "***conversión***" *de negocios jurídicos*. La institución de heredero se interpreta como fideicomiso universal, que grava, de ordinario a los herederos ab intestato; las demás disposiciones testamentarias -legados, manumisiones, etc.- pesan sobre el fideicomiso universal.

Capítulo IV
ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

1. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA POR DISTINTAS CLASES DE HEREDEROS

Desde antiguo rigen normas distintas para **la adquisición de la herencia** conforme al ***ius civile***, según que los llamados a ella sean herederos domésticos -***domestici heredes***- o herederos extraños -***extranei heredes***-. **Los herederos domésticos** *adquieren la herencia, por regla general al morir el causante y de modo automático, sin que tengan que realizar acto alguno.* **Los herederos extraños** *por el contrario, tienen que* ***adir la herencia*** *para adquirirla.*

Se distinguen desde este punto de vista, tres clases de herederos: ***heredes necessarii, heredes sui et necesarii*** y ***heredes extranei vel voluntarii.***

a) ***Heredes necessarii.***- *Los herederos necesarios eran los esclavos instituidos herederos por sus patrones y manumitidos en virtud del testamento*; no pueden repudiar la herencia, la cual adquieren de pleno derecho, aun sin saberlo, en el mismo momento en que se abre a su favor. Los esclavos instituidos por sus patronos, pero manumitidos antes de la muerte del testador, no son herederos necesarios, sino que pueden adquirir o rechazar la herencia.

b) ***Heredes sui et necessarii.***- Llámense ***herederos sui et necessarii, la uxor in manu*** y *los hijos que están sometidos a la patria potestad del de cuius al momento de la muerte*, haciéndose ***sui iuris***, siendo indiferente que sean llamados testamentariamente o *ab intestato* y que en el primer caso la parte que perciban coincida o no con su porción *ab intestato.*

   Los herederos sui et necessarii *adquieren la herencia de plano derecho,* ***ipso iure***, aun contra la voluntad de estos mismos herederos. *No pueden eludir según el derecho civil la adquisición de la herencia.* **El pretor modificó** este principio permitiéndoseles hacer uso del ***beneficium abstinendi***, cuando todavía no se hubieran inmiscuido en la herencia.

c) ***Heredes extranei vel voluntarii***.- Se llaman así porque *no son ni necesarios ni suyos y necesarios*. Se llaman *extraños* porque están fuera de la potestad del testador[587].

Se llaman *voluntarios* porque no adquieren la herencia de pleno derecho, sino voluntariamente, por medio de la *aceptación*.

1.1. ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

La aceptación de la herencia, según la terminología romana, era una ***aditio hereditatis***. ***Adire*** y ***aditio*** significan, literalmente, *ir hacia alguien o hacia alguna cosa*. Por tanto, ***adire hereditatem*** significa *ir a la herencia*.

Si el heredero extraño o voluntario era libre para aceptar la herencia, también era libre, para repudiarla[588].

Requisitos de aceptación.- La aceptación cualquiera que fuera la forma en que se prestase, estaba sujeta a los siguientes requisitos:

1. **La herencia debía estar deferida.**- Esto ocurría a la muerte del testador, si la institución era pura y simple.

   Pero si la institución era *condicional*, la declaración tenía lugar en el momento en que la condición se realizaba.
2. **La herencia debía aceptarse tal cual se había deferido.**- Por lo tanto, el heredero no podía hacer una ***excepción pro parte***.
3. **La aceptación debía ser plena.**- En consecuencia, a la aceptación no podía agregársele ni condición, ni término ni modalidad alguna.
4. **El heredero debía tener conocimiento de la delación.**- Esto es, el heredero debía obrar con pleno conocimiento de causa.
5. **El heredero debía tener la *testamenti factio*.**- La institución de heredero era válida si éste tenía capacidad legal para ser instituido heredero o sea ***testamenti factio***.

[587] "Los demás, que no están sujetos a la potestad del testador, se llaman herederos extraños: y así, aun nuestros hijos, que no están bajo nuestra potestad, instituidos herederos por nosotros, son reputados herederos extraños..." Inst. 2, 19, 3.

[588] "Más los herederos extraños tienen la facultad de deliberar para adir o no la herencia" Ins. 2, 19, 5.
"También el heredero extraño instituido por el testamento, o el llamado ab intestato a la herencia legítima, puede hacerse heredero, o aun por la mera voluntad de encargarse de la herencia... Pero así como por la mera voluntad un extraño se hace heredero, así también por una resolución contraria es al punto repelido de la herencia" Ins. 2, 19, 7.

Carecían de testamentificación los que no gozaban del ***ius commercium***, *los apóstatas, los herejes* y *los condenados que hubiesen perdido la ciudadanía.* Estas incapacidades eran las que existían en la legislación justinianea.

Formas de aceptación.- Al entrañar la aceptación de la herencia una declaración de voluntad, que debía dar nacimiento a la adquisición de derechos hereditarios, podía ser *expresa* o *tácita.*

Expresa, tenía lugar por una declaración formal del heredero mediante la ***aditio hereditatis***, si se trataba de la adquisición de la *herencia civil* y por la ***agnatio bonorum possessionis***, cuando se refería a la adquisición de la *herencia del derecho pretorio.*

Tácita, si el heredero sin declarar expresamente su voluntad, ejecutaba actos que hicieran inferir clara y unívocamente su decisión de aceptar la herencia y, especialmente si disponía como dueño de los bienes de la sucesión -***pro herede gestio***-

En el derecho antiguo *el heredero podía ser instituido cum cretione*[589]. En tal caso debía manifestar por modo solemne y dentro de cierto término, generalmente de cien días a contar desde que el heredero había tenido conocimiento de la institución, su intención de adquirir la herencia, bajo pena de decaimiento.

1.2. RENUNCIA A LA HERENCIA

Cabía al *heredero voluntario* la posibilidad de renunciar a la herencia -***repudiare hereditatem***-. La renuncia o repudio no estaba sujeta a actos formales, y se rige, en orden a su validez, por los mismos principios de la aceptación. Al igual que ésta es irrevocable, pero *los menores pueden pedir* ***la restitutio in integrum***. Si media dolo, el renunciante dispone de la ***actio doli***, y si hay violencia, de ***acciones útiles*** o de ***la actio metus***, según su preferencia.

2. ADQUISICIÓN DE LA BONORUM POSSESSIO

La teoría pretoria de la adquisición de la ***bonorum possessio*** es en su mayor parte la del derecho civil relativo a la adquisición de la ***hereditas***, salvo las siguientes diferencias:

---

[589] CRETIO.- Forma solemne de aceptación de a herencia, hecha por palabras ciertas y solemnes, ante testigos, que solía venir impuesta por el testador al heredero, y que se dua si fue necesaria en la sucesión *ab intestato.*

La *cretio* es utilizada por regla general cuando el causante la ha impuesto al heredero, al objeto de conseguir una declaración pronta y clara relativa a la sucesión...El plazo de cien días es típico de la cretio.- MAX CASER, Op. cit. pg. 327.

1. ***La bonorum possessio*** no se adquiere jamás de pleno derecho, sino que exige siempre una declaración judicial especial -***adnitio bonorum possessionis***-, la cual debía pronunciarse dentro de un breve término, de cien días o de un año. **En la época clásica** sólo podía obtenerse la ***bonorum possessio*** en virtud de una declaración solemne hecha ante el pretor o presidente de la provincia; pero con posterioridad se tuvo por suficiente una declaración cualquiera hecha ante el juez o magistrado municipal. Por regla general, la ***bonorum possessio*** que se separase del derecho común, era preciso deducir demanda -***petitio***- ante el magistrado, quien no la concedía sin previo examen del caso concreto. En tal caso la ***bonorum possessio*** se llamaba ***decretalis***, para distinguirla de la fundada simplemente en el ***edicto bonorum possessio edictalis.***
2. Mientras que la ***editio hereditatis*** debía hacerse siempre personalmente, la adquisición de la ***bonorum possessio*** podía hacerse por mandatario.

3. EFECTOS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

La adquisición de la herencia producía importantes consecuencias jurídicas para el heredero, especialmente de orden patrimonial. *El heredero reemplaza jurídicamente al* ***de cujus*** *en sus bienes, sus créditos y sus deudas*, a excepción de aquellos derechos u obligaciones que siendo eminentemente personales, se extinguían necesariamente con la muerte del autor de la sucesión.

Si la herencia tenía un pasivo más importante que el activo, el heredero necesario estaba obligado a cumplir con las obligaciones dejadas por el ***de cujus***, pagando de su propio patrimonio, respondiendo ***ultra viris hereditatis***, es decir, más allá de los límites del activo hereditario. **Durante la época clásica**, *el pretor protegió al heredero* en ciertas circunstancias, como el esclavo a quien otorgó la ***separatio bonorum.***

La adquisición de la herencia hacía que el heredero se obligara, ***quasi ex contractu***, a pagar los legados y fideicomisos que se le hubieran impuesto por testamento. A su vez el heredero adquiría acciones para hacer valer los derechos que tal investidura le otorgaba, en especial ***la actio petitio hereditatis*** o ***la reivindicatio***, ejercitables contra los terceros tenedores de los bienes hereditarios.

Los derechos que existían entre el heredero y el difunto se extinguen por consecuencia de la confusión de los dos patrimonios.

4. REMEDIOS A LOS EFECTOS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

La adquisición de la herencia producía consecuencias molestas para el heredero cuando había más deudas que bienes, puesto que estaba obligado a pagar todas

las deudas hereditarias, aun con sus bienes personales. La situación era grave, particularmente para los *herederos necesarios.*

Al responder el heredero ***ultra vires hereditatis,*** o sea, incluso con sus bienes propios, podía ver amenazado su patrimonio personal en el caso de que la herencia estuviera cargada de deudas -***hereditas damnosa***-.

Para evitar estos inconvenientes el derecho romano creó *remedios que se confirieron a los herederos,* fueron ellos necesarios o voluntarios, y a los acreedores del difunto. **Los herederos necesarios** pudieron valerse del ***ius abstinendi*** y del ***beneficum separationis***; **los voluntarios**, del *beneficio de inventario* -***beneficium inventarii***-, y **los acreedores** del causante de la ***separatio bonorum.***

a) ***Beneficium separationis.***- *El esclavo hecho libre y heredero necesario en virtud del testamento de su señor, está autorizado a pedir el* ***beneficium separationis***, otorgado por el pretor, que era ***una modalidad de la separatio bonorum,*** en virtud del cual sólo respondían a los acreedores del difunto con los bienes de la herencia, quedando intactos los que hubieran adquirido después de la muerte del testador. El pretor se le concede por decreto, a condición de que no se inmiscuya en los bienes de la sucesión, y que no haga acto de heredero.

b) ***Ius abstinendi.***- Los **herederos sui**, *por ser herederos necesarios no debían eludir, según el derecho civil, la adquisición de la herencia.* **El pretor** para poner remedio a las consecuencias de una ***hereditas damnosa***, *otorgó a los sui* el ***beneficium*** *o* ***ius abstinendi***, que era la declaración de abstenerse de realizar cualquier acto que significara ejercicio de los derechos hereditarios que pudieran corresponderle. De modo que aun conservando el título de ***heres*** quedaban libres de responsabilidad por las deudas hereditarias y evitaban que los bienes de la sucesión se vendieran a su nombre, con la grave consecuencia de la tacha de infamia. *Sustrayendo sus bienes personales de la persecución de los acreedores hereditarios.*

c) ***Beneficium inventarii.***- Para los *herederos voluntarios* el derecho romano no creó hasta el período justinianeo medios análogos a los concedidos a los heredaros necesarios para evitar la responsabilidad ***ultra viris hereditatis,*** en atención a que aquéllos siempre tenían derecho a aceptar o repudiar la herencia.

Por una constitución del año 531, creó JUSTINIANO, *el beneficio del heredero voluntario*, la institución que los comentaristas han llamado el ***beneficio de inventario.*** Permite al heredero no pagar las deudas de la sucesión nada más que en el límite del activo hereditario, a condición de cumplir ciertas formalidades.

El heredero voluntario que había aceptado la herencia, para valerse de tal remedio debía levantar un inventario de los bienes que componían la misma dentro de los treinta días de tener conocimiento de la delación y concluirlo en el término de sesenta días, o de un año si el heredero residía lejos de la mayor parte de los bienes inventariables.

*El inventario debía ser redactado con la intervención de un notario -**tabularius**-, de peritos* y *de los legatarios o acreedores*, y en ausencia de éstos, con la *presencia de tres testigos*. El heredero agrega su ***subscriptio***, y declara que no ha apartado nada de la sucesión; probándose lo contrario, se le condena a restituir el doble.

El heredero que ha hecho inventario no está obligado a pagar a los acreedores hereditarios más que hasta la terminación de los bienes de la sucesión. Puede también hacer valer los derechos que tuviera contra el difunto, lo mismo que los demás acreedores.

d) ***Separatio bonorum.**- el derecho honorario* creó a favor de los acreedores del difunto la ***separatio bonorum***, institución por la cual los titulares de crédito contra el causante que solicitaran del pretor este beneficio, se satisfacían con los bienes de la herencia, como si el causante no hubiera fallecido y sólo cuando estuvieran pagados, el remanente se cedía para el cobro de los acreedores del heredero. De este derecho podían valerse también los legatarios.

Los acreedores separatistas que hubieran hecho uso de este beneficio les estaba impedido dirigirse contra el patrimonio del heredero. Se fijó en cinco años el plazo para solicitar el beneficio de la ***separatio bonorum***.

5. INDIGNIDAD

La indignidad se desarrolla en el derecho imperial elaborada por los juristas, quienes partiendo de la aplicación de algún caso aislado, llegan a construir una institución. La nota común de la indignidad es que quien adquirió algo ***mortis causa***, especialmente como heredero, es considerado, concurriendo ciertas causas, indigno de esta adquisición -***indignus***-. Conserva ciertamente la situación de heredero y su capacidad de adquirir, pero lo adquirido por él, una vez establecida la indignidad, ingresa al ***aerarium*** y más tarde al ***fiscus***.

Las causas de indignidad son ante todo faltas graves cometidas contra el testador como por ejemplo haberle causado la muerte, o contra el acto mismo de testar o contra la sucesión testamentaria, como: falsificación, impedir que se otorgue testamento, etc.

6. RELACIONES JURÍDICAS EN LA HERENCIA AUN NO ADQUIRIDA

6.1. HERENCIA YACENTE

Llamase ***herencia yacente*** al patrimonio de un difunto aún no aceptada por la persona llamada a entrar en él como heredero.

En la sucesión de los herederos extraños y excepcionalmente también en la de los herederos domésticos media entre la muerte del causante y la adquisición de la herencia por un intervalo en el que ésta, según frase expresiva de los romanos, duerme o yace -***hereditas iacens***-. Las cosas pertenecientes a la herencia eran consideradas originariamente en el tiempo intermedio como -***res nullius***- o ***sine domino***, por lo que aun posteriormente su sustracción no constituyó ***furtum***.

Los clásicos, para reservarla al futuro heredero, la estiman como un patrimonio provisionalmente sin sujeto. Los derechos en las cosas hereditarias subsisten aunque temporalmente carezcan de titular, y no pueden, por tanto ejercitarse. También los débitos subsistían, pero no era dable durante ese tiempo reclamarlos por las acciones correspondientes.

La ***hereditas iacens*** podía adquirir derechos siempre que no requiriera una actuación del titular, como ocurría con la adquisición de frutos y de cosas mediante los esclavos de la herencia. También por mediación de estos esclavos podía contraer obligaciones. Esta especial situación llevó a colocar la herencia yacente entre las personas jurídicas, dentro de la categoría de las ***universitates rerum***.

Los clásicos no intentaron una construcción dogmática de la herencia yacente. Cuando en casos aislados se afirma por ellos que la adquisición de *la herencia se retrotraía al momento de la muerte del causante* o cuando se dice que la herencia representaba al causante ocupando el lugar de éste y también que la herencia representa al titular, tales afirmaciones no fueron en realidad otra cosa que simples intentos para llegar a una concepción general. En el derecho común la herencia yacente es concebida como sujeto de derecho independiente -***persona jurídica***-[590].

En cambio, ***la herencia vacante*** se caracteriza porque en ella no existía heredero, ni testamentario ni legítimo. En tal supuesto, la sucesión la recibía el Estado -***aerarium vel fiscus***-.

6.2. USUCAPIO PRO HEREDE

Si no hay ***sui heredes***, la herencia carece de dueño y puede ser adquirida por cualquiera ***sin cometer furtum***. En este caso la herencia no es inmediatamente

[590] KASER, Max; op. cit. pg. 329.

adquirida. Para adquirirla se requiere ***la usucapio de un año*** por parte de cualquier persona, aun careciendo de todo derecho para inmiscuirse en la herencia, *atribuye al poseedor la condición de heredero por usucapión.* Antes de haber transcurrido el indicado plazo, el poseedor debe ceder ante el heredero titular. *Pero si el plazo transcurrió íntegramente a favor del poseedor de la herencia adquiere éste entonces la condición inimpugnable de heredero de toda la* ***hereditas.***

Hacia fines de la República ***la usucapio pro herede*** *deja de ser usucapión de la herencia, para convertirse en usucapión de las singulares cosas comprendidas en la misma, incluso si son inmuebles.*

Un senado consulto sugerido por ADRIANO ***priva de validez a esta usucapio pro herede,*** considerándola como ímproba y lucrativa, cuando el poseedor es de mala fe y el llamado a la herencia puede ejercitar su acción contra el poseedor, aun cuando éste hubiera ya usucapido. MARCO AURELIO castiga con pena pública, como ***crimen expilatae hereditatis***, el apoderamiento de cosas pertenecientes a una ***herencia yacente.***

6.3. IN IURE CESSIO HEREDITATIS

Los agnados llamados a la herencia ***ab intestato y los gentiles***, pueden ceder su derecho a la herencia que les ha sido deferida, mediante la ***in iure cessio hereditatis.*** Los herederos testamentarios no estaban autorizados para realizar esta cesión porque el testador por su voluntad les designó como herederos.

Los herederos ***ab intestato*** y ***testamentarios*** *pueden ceder también la herencia por ellos ya adquirida*, mediante la ***in iure cessio*** con efectos más atenuados.

Esta cesión produce solamente la transmisión de las cosas corporales pertenecientes a la herencia. Los créditos se extinguen por implícita renuncia y las deudas se mantenían a cargo del heredero cedente. Los proculeyanos conceden la posibilidad de efectuar esta cesión de la herencia ya adquirida a los herederos domésticos; los sabinianos y también los antiguos, solamente a los extraños.

La cesión de la herencia en sus dos formas desaparece en el siglo III d. C. con la desaparición de la ***in iure cessio***[591].

6.4. TRANSMISSIONES

Si el heredero fallecía antes de hacer adición de la herencia, el llamamiento a heredar no se transmitía a sus propios herederos, por aplicación de la máxima ***hereditas non adquisita non transmittitur ad heredes.*** Este principio sufrió im-

[591] KASER, Max; op. cit. pg. 330 y 331.

portantes derogaciones hasta llegar a imponerse, con JUSTINIANO, la norma contraria, que reconocía con el nombre de ***transmisiones***, la transmisión hereditaria del derecho derivado de la delación de la herencia.

Precedentes clásicos de transmisiones tenemos el caso del *pretor* que excepcionalmente otorga a los herederos del llamado a heredar una ***integrum restitutio***, cuando éste se halla impedido de adir la herencia; otro caso si el **infans llamado muere antes de adir la herencia**, este derecho corresponderá al ***paterfamilias***.

En el derecho imperial se conoció la ***transmissio teodosiana***, creada por TEODOSIO II, *por la cual si moría el descendiente instituido antes de la apertura del testamento, su derecho a la adquisición de la herencia se transmitía a sus hijos.* JUSTINIANO estableció el principio general de que el heredero testamentario o *ab intestato* que muere sin haber aceptado o haber repudiado la herencia, transmite el derecho a aceptar la herencia deferida, dentro del plazo de un año -***transmissio Iustiniana***-.

7. PLURALIDAD DE HEREDEROS

Cuando varias personas son llamadas a heredar conjuntamente, surge entre ellas un ***estado de comunidad***, donde la participación de cada una viene determinada por la respectiva ***cuota hereditaria***. La comunidad de herederos por partes alícuotas, se rige en general por las ***normas del condominio***.

La pluralidad de sui heredes continúan en el derecho antiguo *la comunidad doméstica*, en la que hasta el momento de la muerte del causante se hallaban sometidos al poder de éste. Es esta una sociedad en la que todos los coherederos partícipes, libres ya del indicado poder, tienen iguales derechos. Esta sociedad -***consortium***- llamada ***ercto non cito***, no es una mera comunidad patrimonial, sino más bien en una relación jurídico-familiar.

En esta *comunidad jurídica* figuran, además de la herencia, todas las futuras adquisiciones de los socios, incluso el patronato sobre los libertos. *Cada socio tiene derechos en la sociedad pero limitados por la concurrencia de los mismos derechos de los demás socios.* Todos los socios pueden disponer de las cosas comunes (enajenación, manumisión) con *recíproca independencia* y los demás socios están obligados a respetar el acto dispositivo realizado por uno de ellos.

Ya la **Ley de las XII Tablas** permite a todo socio *provocar la supresión del consorcio* con una acción divisoria -***actio familiae erciscundae***-.

A su vez *el estado de comunidad que surgía a consecuencia de la pluralidad de herederos*, podía hacer nacer el ***derecho de acrecer*** entre los mismos, acrecimien-

to que tenía lugar cuando alguno de ellos faltare y su parte, en vez de transmitirse a sus sucesores, se añadía a la porción de sus coherederos en proporción a la cuota hereditaria de cada uno. También *el estado de comunidad entre coherederos podía dar lugar al* ***deber de colación*** que se imponía al heredero que hubiera recibido bienes en vida del autor de la sucesión.

7.1. DIVISIÓN DE LA HERENCIA

Cuando había pluralidad de herederos podían solicitar en cualquier momento la división judicial del condominio hereditario valiéndose a tal efecto de la ***actio familiae erciscundae***. Esta acción perteneciente a la categoría de las acciones divisorias junto con la ***actio communi dividendo*** y la ***finium regundorum***, inicia un procedimiento en el que participan todos los comuneros.

La actio familiae erciscundae, que era doble -***iudicium duplex***-, porque cada heredero asumía el papel o rol a su vez de demandante y demandado, tenía también *carácter mixto*, la causa era más bien voluntaria que contenciosa.

En el ámbito propio de los *derechos reales* determinaba la cesación de la comunidad y la atribución de una propiedad exclusiva a los herederos; en la esfera de los *derechos crediticios* tenía lugar la liquidación de los créditos recíprocos que habían nacido entre los comuneros como consecuencia del estado de indivisión.

Para que cesara la comunidad hereditaria, *el juez mediante la* ***adiudicatio***, *estaba autorizado a crear una propiedad exclusiva* y atribuirla a los herederos en proporción a sus respectivas cuotas de participación en la herencia. Si la división física o material no era posible, podía el juez asignar la cosa a uno de los coherederos, imponiéndole en la sentencia la obligación de indemnizar pecuniariamente a los demás. En caso necesario el juez estaba autorizado a hacer vender en subasta pública la cosa a un extraño, distribuyendo entre los comuneros el precio de la venta.

En general, la ***actio familiae erciscundae*** sólo puede intentarse una vez, puesto que, realizada la división, pierde su fundamento, cual es la comunidad de la herencia, y si escapan algunos objetos hereditarios al juicio de división de ella, habría que recurrir a la ***actio communi dividendo***, a la ***gestión de negocios*** o a la ***condictio indebiti***, según que ocurra la necesidad de proceder a la división de algún objeto hereditario.

Si la pluralidad de herederos se daba entre ***bonorum possessores***, el pretor estableció un régimen semejante al de los herederos civiles. Para la partición de la herencia entre los ***bonorum possessores*** o entre ellos y los herederos civiles, se concedió una ***actio familiae erciscundae utilis***.

7.2. ACRECIMIENTO

Los romanos hablan de ***adcrescere*** de una porción hereditaria cuando uno de los llamados no quiere o no puede ser heredero y se añade su cuota a la porción de otro llamado con él a la herencia. Este incremento se opera, ***ipso iure***, independientemente de la voluntad del heredero, cuya cuota resulta así aumentada y sin que se pueda rehusar al aumento.

Si el heredero no ha hecho aún adición a la herencia puede adquirir su cuota con el aumento o repudiarla. No puede limitar su aceptación a la cuota originaria o al aumento exclusivamente.

El acrecimiento tiene lugar, en la sucesión testamentaria y en la intestada.

En la sucesión intestada, *la parte del heredero que faltara se dividía por igual entre los demás coherederos.* Cuando concurrían a la herencia de descendientes por representación de un heredero premuerto y faltaba uno de ellos, el acrecimiento se producía a favor de los miembros de la misma estirpe y en beneficio de los coherederos del premuerto. El mismo principio se aplicaba a los ascendientes que se dividían la herencia por líneas. El acrecimiento no tenía lugar en la sucesión *ab intestato*, cuando se trataba de herederos a los que la ley otorgaba partes fijas y determinadas, como los hijos naturales y la viuda indotada.

En la sucesión testamentaria, a pesar de que el derecho de acrecer era independiente de la voluntad del testador, ejercía influencia en el acrecimiento de la manera como éste había formulado la institución. Si había agrupado algunos herederos formando una ***coniunctio***, solamente a los así unidos con el que faltaba, y no a los demás, acrecía la porción de éste. Refiere RODOLFO ARGÜELLO que un fragmento de Paulo (D. 50, 16, 142) establece que tal argumento o ***coniunctio***[592] podía ser de tres clases: ***re et verbis***, ***re tantum*** y ***verbis tantum***.

Se presentaba el primer agrupamiento cuando el testador unía a algunos de los herederos en la misma porción -***re***- y en la misma frase -***verbis***-, como si dijera: "Sean mis herederos **Ticio** y **Mevio** en una mitad, Cayo en la otra mitad". Los intérpretes, desenvolviendo el resto de la clasificación, consideraron ***coiunctio re tantum*** la que tenía lugar si se designaba a varios herederos para la misma porción, aunque en frases distintas, por ejemplo: "Sea mi heredero Ticio en la mitad, Cayo en la otra mitad. También será mi heredero Mevio en la primera mitad". Estiman que se daba la ***coniunctio verbis tantum*** en caso de que algunos

---

[592] ***La coniunctio*** sirve para determinar cuándo procede el acrecimiento. Bajo este aspecto, se entiende siempre que no se da a favor de todos los herederos, sino tan sólo a favor de los llamados conjuntamente con la persona que no concurre a la adquisición. IGLESIAS, Juan, op. cit. pg. 536.

herederos fueran agrupados en la misma frase, pero sin alusión de cuota, como si dijera: "Sean mis herederos Cayo y Sempronio. También sea mi heredero Mevio". Solamente los dos primeros modos de ***coniunctio -re et verbis*** y ***re tantum***- producían efecto en el derecho de acrecer. Así en los dos ejemplos, faltando Ticio, su porción acrecía exclusivamente a Mevio[593].

La legislación de Augusto, con la ***Lex Iulia et Papia poppaea***, *limitó el acrecimiento*, dando actuación a una política demográfica, declarando incapaces de heredar, a título de pena, y en parte o en todo, a los ***caelibes*** -solteros-, ***orbi*** -casados sin hijos- y ***patres solitarii*** -viudos sin hijos-. *Las participaciones de tales personas* se consideran "*caducas*", sustrayéndolas al acrecimiento de los heredaros testamentarios. En concepto de premios y recompensas vienen a incrementar, en orden de cosas que se aparta totalmente del acrecimiento propio y verdadero -el patrimonio de las personas que ***in eo testamento liberos habent***- (en aquel testamento tienen hijos), o bien pasan al fisco. *Los caduca se destinan, en primer lugar, a los **heredes patres***; en segundo, a los ***legatarii patres***; y en último caso, ***al aerarium*** -al Fisco, a partir de Caracalla[594].

Las disposiciones de las leyes caducarías de Augusto fueron abolidas por Justiniano.

7.3. LA COLLATIO BONORUM

La colación tiene por objeto equiparar, en la sucesión intestada, aquellos descendientes que al tiempo de la delación tenían (como los emancipados) un patrimonio propio o habían sido favorecidos de otro modo por el causante (ejemplo. por la constitución de una dote) con los demás descendientes.

Según los principios antiguos, el hijo bajo potestad no tiene nada propio. El emancipado, al contrario, puede adquirir una fortuna personal. De manera que resultaba injusto que el pretor llamara a los emancipados en concurrencia con los herederos suyos: donde el hijo que había adquirido un patrimonio y aquél que hubiese aumentado por sus adquisiciones la fortuna paterna, venían después a la sucesión con iguales derechos. Al principio del Imperio, el pretor decidió que el emancipado que concurre con los *sui* a la sucesión pretoriana, pusiese en común, antes de la partición, lo adquirido después de la emancipación. Este es el principio de la ***collatio bonorum***.

La regulación de la colación se origina en la sucesión pretoria de los emancipados.

[593] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 469.
[594] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 537 y 538.

El pretor, cuando un emancipado solicita la ***bonorum possessio***, se le otorga solamente en el supuesto de que el emancipado "aporte" su patrimonio a los coherederos -***conferre***-, prometiendo a cada uno de los ***sui***, mediante ***stipulatio***, una cuota de aquél.

Para producir una compensación o equilibrio semejante a los conseguidos por la ***collatio bonorum emancipati***, sirve también la llamada ***collatio dotis***.

Si el causante constituyó una dote a favor de una hija (sometida a su poder o emancipada), resulta que la situación de esta hija es privilegiada en relación con sus hermanos. Si el matrimonio se disolvía por muerte del marido o por divorcio, a ella corresponderá la dote, sin que en ésta participen los hermanos. El pretor (y después de Antonino Pío, el juez de la división) obligará a la hija cuando solicita ésta la ***bonorun possessio***, a prometer mediante ***stipulatio*** a sus hermanos que cuando llegue a adquirir la dote la compartirá con éstos, en proporción a sus cuotas hereditarias[595].

En el derecho romano oriental esta tendencia equilibradora o compensatoria se generaliza extendiéndose a todos los descendientes (colación de los descendientes). La idea que inspira esta generalización es la de que presumiblemente el padre quiso tratar por igual a todos sus descendientes y que, por tanto, todas las atribuciones patrimoniales a título gratuito hechas ***inter vivos*** a éstos deben imputarse a su respectiva cuota hereditaria.

A partir de entonces, cada descendiente estaba obligado a aportar *la dote o la donación nupcial* que hubiera adquirido de sus ascendientes a favor de otros descendientes llamados a la herencia. JUSTINIANO amplía esta norma a cualquier adquisición que haya de imputarse a la legítima, especialmente a las donaciones ordinarias, salvo que el autor de la liberalidad hubiera excluido a ésta expresamente de la colación.

8. ACCIONES A FAVOR DEL HEREDERO

Como continuador de la personalidad jurídica del causante, el heredero estaba activa y pasivamente legitimado para todas las acciones del difunto correspondientes a relaciones transmisibles. ***Disponía de la acción reivindicatoria*** *y* ***de la acción petitoria de herencia*** *a favor del heredero civil* y el ***interdictum quórum bonorum*** *al heredero pretoriano.*

8.1. LA PETITIO HEREDITATIS

La petición de herencia -***petitio hereditatis***- era una acción civil real, análoga a la ***reivindicatio***, y el medio principal de defensa de un heredero. Para ser

[595] KASER, Max; op. cit. pg. 334.

demandante en esta acción se requería: que el objeto de la demanda fuera la herencia en sí, considerada como una universalidad, y no algunos bienes o un solo bien de la sucesión; que el demandante fuera heredero civil y no mero poseedor. A estas condiciones se añadía una relativa al demandado: éste debía ser una persona que pretendía ser heredero, de buena o mala fe -***pro possessore***- y que se negaba a entregar los bienes de la sucesión, o que argüía tener un derecho civil de heredero -***pro herede***-. La acción fue extendida como ***actio utilis*** en contra de quien había comprado la herencia o parte de ella.

La petición de herencia también servía para recuperar las deudas cuando éstas las debía alguna persona que pretendía ser heredero de bienes de la herencia.

La ventaja de la petición de herencia era la de dar al demandante la oportunidad de recuperar toda la herencia por una acción, en lugar de entablar varias reivindicaciones separadas para cada bien de la herencia. La misma ventaja podía presentarse para el demandado que ante una sola ***reivindicatio*** de un heredero demandante podía preferir que se decidiera el conflicto sobre toda la herencia de una vez y no bien por bien.

La acción de petición de herencia, como se ha dicho, perseguía la restitución del patrimonio del causante en el sentido más amplio, es decir, todos los incrementos que hubiera tenido, en especial los frutos producidos. El demandado vencido respondía de todas las pérdidas y daños ocasionados. En época del emperador ADRIANO, por un ***Senadoconsulto Iuventiano*** del año 128 d.C., se distinguió, a los efectos de la restitución de la herencia, entre el poseedor de buena fe y el de mala fe. Se beneficiaba al que de buena fe se creía heredero, restringiendo su responsabilidad por los actos anteriores a la ***litis contestatio***, al enriquecimiento obtenido; el de mala fe, en cambio, respondía plenamente de todo el valor, incluso aunque hubiera dejado de poseer antes del proceso.

8.2. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y ACCIONES PERSONALES

La actio reivindicatio debió entablarse en el caso de que el demandante sólo alegara ser dueño de un bien particular, y no de toda la herencia.

Si el demandado no pretendía ser heredero, sino que sencillamente se negaba a pagar una deuda que debía a la herencia, el demandante tenía que entablar una acción personal, puesto que se trataba del cumplimiento de una obligación contraída por el demandado.

8.3. INTERDICTUM QUORUM BONORUM

El bonorum possessor, al no tener la calidad de heredero, no disponía de la ***petitio hereditatis***, pero el pretor le concedió un ***interdicto adipiscendae posses-***

sionis llamado ***interdictum quórum bonorum***, para reclamar la posesión efectiva de la herencia concedida por el magistrado.

Es ejercitable contra todo poseedor: contra quien posee ***pro herede*** o ***pro possessore***; contra quien poseería las cosas hereditarias, si no las hubiera usucapido ***pro herede***, y contra el que deja maliciosamente de poseer. Frente a quien posee a título de legado, sin permiso del propio ***bonorum possessor***, puede ejercitar éste el ***interdictum quod legatorum***, que el derecho justinianeo confiere a todo heredero. Así como una acción general: ***la hereditatis petitio possessoria***.

Además de este interdicto de carácter general, el pretor concedía al poseedor hereditario las *acciones especiales* que defendían los derechos concretos de la herencia con el carácter de *acciones útiles*. Para ello utiliza una fórmula ficticia en la que el heredero pretorio se consideraba como si fuera heredero civil. Contra la pretensión del heredero civil, el poseedor hereditario ***cum re*** estaba protegido mediante una ***exceptio doli*** o una denegación de acción por el pretor.

JUSTINIANO, al confundirse la herencia civil con la pretoria, funde este interdicto con la petición de herencia, de forma que el interdicto pueda ser utilizado por el heredero civil y la petición de herencia por el heredero pretorio con el carácter de posesoria[596].

[596] GARCÍA GARRIDO, Manuel J.; op. cit. pg. 860.

CAPÍTULO V
DONACIÓN, LEGADOS Y FIDEICOMISO

1. DONACIÓN POR CAUSA DE MUERTE

La donatio mortis causa, es una especial figura de donación cuya eficacia depende de que el donatario sobreviva al donante. En el D. 39, 6, 2, JULIANO, dice que hay tres clases de donaciones a causa de muerte: una, cuando se dona sin temer a un peligro inminente de muerte, sino tan sólo por la previsión de aquélla; otra clase de donación a causa de muerte dice que es la del que dona por el temor de una muerte inminente, para que lo donado se haga inmediatamente del donatario; la tercera clase de donación dice que es la del donante que da movido por temor de la muerte, pero no para que lo donado se haga del donatario inmediatamente, sino cuando suceda la muerte.

ULPIANO, se expresaba en estos términos al hablar de la ***donatio mortis causa en*** D. 50, 16, 67: "***Donationis verbum simpliciter loquendo omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa sive non mortis causa fuerit***". También los justinianeos distinguían entre la donación común o ***inter vivos*** y la que se hace por causa de muerte, denominando a aquélla ***non mortis causa. La donatio mortis causa*** fue un instituto tardío en el desarrollo del sistema romano, a caballo entre las disposiciones ***mortis causa*** y los actos ***inter vivos***, y su creciente importancia, sobre todo a fines de la República y principios del Principado, viene ligada a las limitaciones impuestas a los legados y después a los fideicomisos. El recurso de la donación mortis causa ante un riesgo para la vida o por la simple circunstancia de la muerte fue cada vez a más, lo cual hizo necesario por parte de la jurisprudencia fijar su régimen[597].

---

[597] RODRÍGUEZ DÍAZ, Emma; *Algunos aspectos de la Donatio mortis causa en el Derecho romano*, Universidad de Oviedo, Departamento de Ciencias Jurídicas, 2000, pg. 51.

El D. 39, 6, 1, 1 nos remite al supuesto de donación a causa de muerte más antiguo que se conoce en el Derecho griego. Nos referimos a la ***donación de Telémaco* a *Pireo*** en HOMERO, ***"Sic et apud Homerum Telemachus donat Pireo"***, afirmación literal incorporada, en el Digesto de Justiniano, en la conversación sostenida entre dichos personajes: **Pireo** -"*¡**Telémaco**! Manda presto mujeres a mi casa para que te remita los presentes que te dio **Menelao**"*- **Telémaco**: -"*¡**Pireo**! Aún no sabemos cómo acabarán estas cosas. Si los soberbios Pretendientes, matándome a traición en el palacio, se repartieran los bienes de mi padre, quiero más que goces tú de los presentes que no alguno de ellos; y si yo alcanzase a darles la muerte, entonces que estaré con alegría, me los traerás a mi antigua morada*". Párrafo en el que recoge un fragmento de la Odisea, Lib. XVII[598]. **Telémaco**, ante el peligro de ser asesinado en su enfrentamiento con los servidores de su madre, dona a **Pireo** el tesoro que debe a la generosidad de **Menelao** y que deposita en sus manos con la promesa de restituirse si sobrevive al combate.

La donación "***mortis causa***", según MARCIANO "*Hay donación a causa de muerte cuando el donante prefiere tener él a que tenga el donatario, y que tenga su donatario a que tenga su heredero*" (D. 39. 6. 1).

Por tanto *era una donación con vistas a una muerte próxima o futura*. Esta donación, conocida desde la época antigua, sustituía prácticamente al testamento y servía para evitar algunos de sus inconvenientes. Por ella se podían realizar atribuciones patrimoniales de carácter particular. La ***mancipatio familiae***, en un primer tiempo, antes de que se convirtiese en testamento sería una ***donación mortis causa*** (**García Garrido**, Manuel, citando a **Biondi**, op. cit. pg. 878).

La donatio mortis causa es, como toda clase de donación en el derecho clásico, una causa de transmisión o atribución. La legislación de Constantino ***de la que arranca la concepción de la donación como negocio sui generis, equipara la donación mortis causa a las demás donaciones***.

En la época clásica se advierte ya una tendencia a aproximar la donación a los legados.

En el derecho clásico *se produce un proceso de acercamiento entre la donación mortis causa y el legado, que culmina en el derecho justinianeo*. A las donaciones se aplican las reducciones de las **leyes Furia** y **Voconia**, y de la **Ley Falcidia** y los preceptos sobre incapacidades de las leyes caducarías de Augusto. La donación se considera perfecta sólo en el momento de la muerte del donante y es revocable mientras esté vivo (D. 39. 6. 32).

[598] HOMERO; ***LA ODISEA***, *Editorial Iberia*, España, 1967, Canto XVII, pg. 229.

En el período postclásico y el Oriente la *donación mortis causa es concebida como negocio revocable*. Más tarde se confunde con la donación *inter vivos y el testamento*, con los llamados "negocios atributivos" de la Edad Media. En Oriente, Justiniano completa su equiparación a los legados.

2. LEGADOS. GENERALIDADES

La palabra ***legare*** (de **lex**) tenía un sentido muy extenso en el derecho antiguo: era sinónima de testar, como lo demuestra el conocido principio de la **Ley de las XII Tablas** que dice: "***uti quique pater familias legasit suoe rei, ita jus esto***". La palabra legado significaba, pues, en el antiguo derecho, todas las disposiciones comprendidas en el testamento, el cual era una verdadera ***lex*** (legare) porque se hacía en los comicios.

La jurisprudencia reservó después la palabra ***legare*** *para las disposiciones a título singular.*

En las fuentes encontramos dos definiciones del legado una de MODESTINO que importaba "*una donación dejada por el testamento*" -***legatum est donatio testamento relicta***- y FLORENTINO como "*una disgregación de la herencia con la que el testador quería que fuera dado a otro algo de lo que en su totalidad habría de ser del heredero*" -***legatum est deliberatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit***-[599].

Podemos definir al legado como una liberalidad o donación hecha por el testador a una persona determinada, llamada legatario, de una cosa particular -***res singulae***- con un valor monetario asignable.

Podemos decir también que el legado es una liberalidad, hecha por acto de última voluntad, de un objeto de la sucesión.

Entre el heredero y el legatario existe la siguiente diferencia: si el *de cuius* ha dejado la universalidad de sus bienes o una cuota de ella, la institución es herencia; pero si ha asignado un derecho singular o varios derechos singulares y determinados, hay legados. Mientras que el heredero se designa por vía testamentaria y por vía legítima, el legatario sólo se podía designar por testamento o codicilo confirmado. Tanto el heredero como el legatario debía tener ***la testamenti factio passiva***; a ambos se les podía nombrar sustituto.

En el legado intervienen los siguientes sujetos:

a. *El que ordena el legado* (causante, disponente o legante)

---

[599] D. 31, 36. D. 30, 116. 1

b. *Aquel a quien se ordena el cumplimiento* del legado u onerato.

c. *Aquel a cuyo favor de deja el legado* (legatario).

El causante y el legatario deben gozar de la ***testamenti factio activa*** y de la pasiva.

Modalidades.- La condición y el plazo eran modalidades admitidas en los legados.

El plazo desde o hasta cierto día, y la condición resolutoria, eran admitidos en los legados.

Cosas objeto del legado.- Pueden ser objeto de legado las cosas corporales e incorporales, propias o ajenas y la constitución o extinción de derechos reales o personales.

3. CLASES DE LEGADOS

Según la forma usada y los efectos deseados, aparecieron diversas clases de legado, así tenemos: ***legado per vindicationem, legado damnationem, legado sinendi modo*** y el ***legado per praeceptionem.***

3.1. LEGADO "*PER VINDICATIONEM*"

Era el legado por el cual el testador transfería directamente al legatario la propiedad quiritaria de la cosa legada o un derecho real civil (usufructo o servidumbre). **El testador decía**: ***do, lego, capito, sumito, sibi habeto***: *doy, lego, coja él, tenga para sí.* De manera que el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada y posee la ***reivindicatio***, de aquí viene el nombre de ***legado per vindicationem.***

Era necesario que el testador fuera propietario de los cosas que legaba ***ex iure quiritium***, y que fuese propietario no sólo al morir, sino también al testar. Si se trataba de legado sobre cosas que se apreciaban por el peso, por el número o medida, como dinero, mercancías, etc., es suficiente con que el testador sea propietario al momento de la muerte.

Podía el testador ***legar per vindicationem*** un derecho real sobre una cosa de la cual era propietario: el usufructo o una servidumbre predial.

El legatario adquiere la propiedad de la cosa desde el día de la adición, cuando es cierto que hay un heredero, pues la adquisición se producía por la única fuerza del legado, sin que el legatario tuviera necesidad de aceptar; podía rehusar el legado si no lo quería (esto es cuando el legado es puro y simple). Tal era el criterio de los *sabinianos*, pero según los *proculeyanos*, el legatario sólo adquiere el legado si lo acepta; hasta dicho momento la cosa era ***res nullius***. Triunfó el primer criterio.

Si el legado es condicional, la cosa legada no la adquiere el legatario, sino después de la adición de la herencia y la realización de la condición, haciéndose propietario ***ipso iure***, a menos que repudie. Mientras tanto la cosa legada pertenecía al heredero, según los *sabinianos*; en cambio para los *proculeyanos* era ***res nullius***.

3.2. LEGADO *"PER DAMNATIONEM"*

Por este legado el testador dejaba a cargo del heredero la obligación de realizar determinada prestación a favor del legatario.

El testador se expresaba: *heres meus damnas esto dare, dato, facito, heredem meum dare iubeo*; "mi heredero sea obligado a dar, dé, haga, mando a mi heredero dar".

Se limita a imponer al heredero la obligación de realizar un hecho; de modo que *el legatario* sólo adquiere un derecho de crédito y para obligar al heredero a ejecutar la prestación que le es debida, *tiene la acción personal ex testamento.*

Este legado podía tener por objeto:

a. *Toda cosa corporal susceptible de propiedad privada*, hasta una cosa futura, aunque no fuese propietario el testador. Si había legado su propia cosa o la del heredero, *el legatario podía forzar al heres* a transferirle la propiedad según los modos ordinarios. Si había legado la cosa de otro, el heredero la adquiría para transferir la propiedad al legatario o pagar la estimación.
b. *Bienes incorporales*, como las servidumbres reales y personales;
c. *Cualquier hecho, con tal de que sea lícito.*

3.3. LEGADO "SINENDI MODO"

Por medio de este legado, *el testador ordenaba a su heredero que dejara que el legatario tomara determinado objeto.*

Su fórmula era la siguiente: *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem sibique habere;* "sea obligado mi heredero a permitir a **Lucio Ticio** tomar aquella cosa y la tenga para sí".

Eran objeto de este legado las cosas propias del testador o *las que tiene* ***in bonis*** *en el momento de su muerte* o, también, las cosas pertenecientes al heredero, pero no la cosa de otro.

3.4. LEGADO "PER PRAECEPTIONEM"

Mediante este legado, *el testador autorizaba a uno de sus herederos tomar, antes de la partición, un bien determinado de la sucesión.*

La fórmula de este legado era: ***Lucius Titius illam rem praecipito;*** **Lucio Ticio**, anticípese a tomar aquella cosa.

Este legado supone que haya varios herederos: el testador ha querido que uno de los coherederos tome una *cosa especial*, además de su parte hereditaria. Este legado no se comprende si está hecho en beneficio de una persona que no está instituida.

El heres legatario, para obtener su legado, sólo tenía la ***actio familiae erciscundae;*** el juez que hacía la partición debía adjudicar al legatario la cosa legada, aparte de su lote. Las cosas susceptibles de ser legadas son aquellas de las que el testador es propietario o las que tiene ***in bonis***; pero no las cosas del ***heres*** ni las de otro, porque la competencia del juez en la ***actio familiae erciscundae*** se limitaba a los bienes de la sucesión.

SENADOCONSULTO NERONIANO

El Emperador NERÓN, hacia el año 64 d.C., expidió un Senadoconsulto que lleva su nombre, y *dispone que un legado, que se considera nulo por estar la fórmula mal apropiada a la naturaleza de la cosa legada,* ***sería válido como legado per damnationem***. Son así válidos el ***legado per vindicationem***, de la cosa de otro; ***el legado sinemdi modo*** de una cosa que no pertenece ni al testador ni al ***heres***; ***el legado per praeceptionem*** de la cosa de otro.

En el año 339 d. C., se llevó a cabo una importante modificación a la teoría clásica de los legados, pues *una constitución de los hijos de Constantino dispensó de emplear en los testamentos fórmulas solemnes. El mismo año esta dispensa se aplicó a los legados*. Desde entonces, subsistían las cuatro clases de legados y, para distinguirlos, ya no se hacía uso de las fórmulas empleadas; se busca solamente la intención del testador.

4. FORMAS ESPECIALES DE LEGADOS

Había una gran variedad de legados válidos, por ejemplo.

1. **El legado de bienes de un tercero** -***legatum rei alienae***- era válido, pero no el legado de los bienes del propio legatario. Si el testador se había equivocado, el heredero debía comprar o donar su valor al legatario. Se excluía los bienes fuera del comercio.
2. **El legado que permitía al legatario escoger entre varias cosas** -***legatum optionis***-, recibir una cosa de género -***legatum generis***-, o tener una alternativa -***legatum alternativa***-.

3. **El legado de una cosa con gravamen** -***legatum rei obligatae***-, como un predio hipotecado. El heredero debía pagar el gravamen.
4. **El legado del pago de una deuda del testador a su acreedor**, con la exigencia de que no fuera una deuda pura y simple, sino una deuda condicional que el testador convertía en pura y simple para el legatario. También se podía legar una deuda que se debía al testador -***legatum nominis***-.
5. **El legado de uno de varios derechos**: una dote a la esposa -***legatum dotis***-, una renta vitalicia, considerándola como un legado anual; un peculio -***legatum peculii***- o un usufructo -***legatum usufructus***-, en estos casos se trataba de un conjunto de bienes sobre los cuales se cedían derechos.

5. ADQUISICIÓN DEL LEGADO

Para determinar en qué momento tiene lugar la adquisición del legado, precisa distinguir, en esta materia ***el diez cedens*** del ***diez veniens***. El primero era el momento en que el derecho al legado nacía para el legatario y se fijaba en su persona. El segundo era el día en que se hacía exigible el derecho del legatario y podía demandar al ***heres*** el cumplimiento de la liberalidad. El más importante de estos momentos era ***el diez cedens***, por dos conceptos:

a. *Era necesario que el legatario estuviera vivo y fuese capaz*; de otro modo, caduca el legado; poco importaba que hubiera muerto o que se hubiera vuelto incapaz entre ***el diez cedens*** y ***el diez veniens***, pues, si moría el legado se transmitía a sus herederos.
b. *Cuando el legatario nombraba una persona* ***alieni iuris***, había que colocarse en el momento del ***dies cedens*** para saber a quién aprovecharía el beneficio del legado. Así, era el propietario del esclavo en el ***dies cedens*** quien acogía el provecho, aun cuando hubiera cambiado de dueño o se hubiese vuelto libre entre el ***dies cedens*** y el ***dies veniens***.

El ***dies cedens*** se colocaba, de ordinario, en el día de la muerte del causante, y el ***dies veniens*** en el día de la adición a la herencia tratándose de legados puros y simples.

6. INEFICACIA Y REVOCACIÓN DE LOS LEGADOS

Por aplicación de los principios generales que regulan la sucesión romana, la validez de los legados dependía de que la ***heredes institutio*** no fuera nula o no perdiera su eficacia posteriormente por muerte del instituido o por repudiación. Sin embargo, la legislación romana admitió algunas excepciones a tal regla. Así, el heredero testamentario que repudiaba la herencia para recibirla ***ab intestato*** y

no cumplir, en consecuencia con el pago de los legados, podía ser constreñido a tal efecto por una ***actio ficticia***. Tampoco la caída de institución de heredero por la ***querela inofficiosi*** producía la ineficacia de los legados.

La invalidez podía afectar específicamente al legado y tanto cabía que fuera inicial, como posterior o sucesiva. Era nulo ***ab initio*** el legado que no se efectuaba con las formalidades exigidas, como si adoleciera de vicios de capacidad, de voluntad o de contenido. El legado nulo no se convalidaba si la causa de nulidad desaparecía antes de la muerte del testador, según prescribía la ***regula Catoniana***. La invalidez sucesiva del legado podía resultar de *la muerte del legatario* antes del ***dies cedens***; de *la pérdida de la capacidad* antes de la adquisición; *del perecimiento de la cosa legada*, sin culpa del gravado; *de la falta de cumplimiento de la condición suspensiva* y *de la adquisición del objeto por otro título lucrativo.*

REVOCACIÓN DEL LEGADO

El testador podía revocar un legado pura y simplemente por ***aditio*** ("quitar", "llevar"), o designar otro beneficiario en lugar del primero -***translatio***-.

Una revocación por ***aditio*** podía ser una declaración expresa en el testamento o en el codicilo. Había casos de ***revocación tácita***, cuando se manifestaba una hostilidad entre el testador y el beneficiario, pero era una revocación que sólo duraba durante el período de hostilidades. El ***aditio*** podía ser condicional o parcial.

Una revocación ***por translatio*** significaba el nombramiento de un legatario en lugar de otro. El primer legado quedaba revocado, a pesar de que el segundo podía ser también nulo. Si el segundo legado era condicional, se trataba de un caso de ***aditio*** y si la condición no se cumplía, el primer legado era válido salvo la intención contraria y evidente del testador.

7. RESTRICCIONES A LOS LEGADOS

Como los legados eran una carga para el heredero, que sólo adquiría lo que quedaba después de cumplir con aquéllos, *era de esperarse el repudio de una herencia con muchos o muy abundantes legados.*

Para evitar lo anterior y conservar la validez del testamento, hubo varias leyes que restringieron la facultad de legar.

La Lex Furia Testamentaria, a principios del siglo II a.C. dispuso que ningún legado podía exceder de 1,000 ases, concediendo una acción ejecutiva al heredero para recuperar el cuádruple de lo que se hubiera cobrado por encima de aquella tasa. Quedan exceptuados de esta limitación los legados a favor de parientes hasta el séptimo grado. La tasa fijada no remedió el abuso, pues el testador podía agotar el acervo hereditario con muchos legados de 1,000 ases cada uno.

La Lex Voconia del año 169 a.C. prescribió que en las herencias más cuantiosas -que excedían una cantidad desconocida superior a los 200,000 ases- no podía un legatario recibir más de lo que debía corresponderle al menos favorecido de los herederos.

La Lex Falcidia del año 40 a.C., *reglamentó esta materia de manera definitiva, estableciendo que nadie podía disponer por legado de más de las tres cuartas partes de la herencia,* reservando de esta manera cuando menos una cuarta parte para el heredero. **Esta cuarta falcidia** fue la que inspiró más tarde la cantidad en que se fijó ***la portio legítima.***

Si no se respetaba la cuarta parte, los legados debían reducirse de forma proporcional y si había varios herederos todos tenían derecho a su cuarta parte, respetándose de esta manera la porción de cada uno.

8. INTERDICTUM QUOD LEGATORUM

"Este interdicto se llama corrientemente "***lo que por legado***". También él es de adquirir la posesión y consiste en lo que se ocupa a causa de legado sin el consentimiento del heredero debe restituirse al heredero. En efecto ha parecido muy justo al pretor que no se adjudique uno por sí y ante sí los legados por ocupación de los mismos, sino que los pida al heredero: el pretor devuelve, pues, a los herederos, por medio de este interdicto, lo que alguien posee en concepto de legado, para que luego puedan demandarle los legatarios" (D. 43. 3. 1).

Este texto se limita a recordar la regla de que nadie puede tomarse la justicia por su mano y que el legatario no puede ocupar por sí mismo los bienes legados, sino que debe pedir su entrega al poseedor hereditario o al heredero. Originariamente se concedía al ***bonorum possessor***, instituido en un testamento válido según el pretor, si el legatario o el poseedor como legatario (***possessor pro legato***) se habían apoderado de las cosas legadas sin el consentimiento del poseedor hereditario. Éste debía prestar la caución o garantía de devolver el legado al legatario (***cautio legatorum servandorum causa***). El interdicto sólo se daba en aquellos legados en los que era procedente la caución. *El interdicto tendría como especial finalidad de impedir que el que poseía como legatario se convirtiese por usucapión en propietario*[600].

En la época clásica avanzada, en la que se han fundido ya los distintos tipos de legado, el interdicto "***lo que por legado***", era un remedio general, semejante a la acción civil, del que puede servirse el poseedor hereditario, protegido ya por el pretor, incluso ***contra tabulas.*** La posibilidad de ejercitar el interdicto se extiende

[600] GERCÍA GARRIDO, Manuel; op. cit. pg. 861.

también al heredero, con tal de que no hubiese consentido a la toma de posesión de los bienes por el legatario.

JUSTINIANO, al borrar las diferencias entre acciones civiles y pretorias, extiende definitivamente al heredero el ejercicio del interdicto.

9. NOCIONES GENERALES DEL FIDEICOMISO

Recibía el nombre de ***fideicommissum*** *el ruego que hacía el testador*, llamado ***fideicomitente***, para que una persona de su confianza, denominada ***fiduciario***, efectuara la transmisión de toda su sucesión o de una cuota parte de ella, o de un bien determinado de la misma a una tercera persona, designada con el nombre de ***fideicomisario***. De esta definición surge *dos especies de fideicomisos*: 1) **los *universales o de herencia***, que comprendían el traspaso de toda la sucesión del disponente o de una cuota parte de la misma y 2) ***los particulares***, cuando se trataba de la entrega de bienes determinados al fideicomisario[601].

Como resulta de de su etimología: *confiar en la fe (**fideicommitere**), se trataba de encargos de confianza para disponer de todo o parte de la herencia.* Por ello se hacía en términos de petición o ruego: "*pido, ruego, quiero, confío en tu buena fe*" (***peto, rogo, volo, fidei committo***) (*Gayo*, II, 249). La fórmula completa era según *Gayo*, II, 250: "*Te ruego **Lucio Ticio** y te pido que tan pronto como aceptes mi herencia, se la devuelvas y la restituyas a **Gayo Seyo***" (***Rogo te, L. Titi, peto que a te ut cum primis possis hereditatem meam adire, Gaio Seio reddas restituas***). Afirma Gayo que también podemos rogar que sólo sea restituida una parte de la herencia; e igualmente *podemos constituir un fideicomiso sometido a una condición, o puro y simple o a partir de cierto día.*

El fideicomiso presenta gran similitud con el legado teniendo la ventaja de su mayor simplicidad. Carecía de formas determinadas y *podía hacerse no sólo por testamento, sino también en codicilos y aun oralmente.* Además el ruego podía imponerse tanto a los herederos como a los legatarios u otros fideicomisarios, aparte en que se podía redactar en cualquier idioma. *En cuanto al objeto podían serlo todas las cosas susceptibles de ser transmitidas por sucesión o **legado per damnationem***, esto es, cosas de propiedad del testador, también las del heredero y aun las pertenecientes a un tercero. Tuvo gran auge en Roma y podía beneficiar con la herencia o con parte de ella a personas que carecían de la ***testamenti factio passiva*** y que por ende resultaban incapaces de recibir por legados[602].

---

[601] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 484.
[602] ARGÜELLO, Luis Rodolfo; op. cit. pg. 484.

En un principio, estas liberalidades se basaban sólo en la ***fides*** y carecían de tutela jurídica. AUGUSTO confió a los cónsules, en ***cognitio extra ordinem***, que cuidaran el cumplimiento de los fideicomisos. CLAUDIO creó dos pretores fideicomisarios especializados en estas causas, que después TITO redujo a uno. En las provincias se confiaba a los gobernadores.

Los fideicomisos, ya tutelados jurídicamente, se convierten en una forma más libre de legados, que deben hacerse en formas determinadas y directas (*Gayo*, II. 268). *Aunque al final de la evolución histórica, legados y fideicomisos se han equiparado en todo* (D. 30. 1). **En la época clásica** según MANUEL GARCÍA GARRIDO[603], *existen entre ellos las siguientes diferencias* (Gayo. II, 262 - 279):

1. *El legado sólo puede ser dispuesto en un testamento y con la observancia de determinadas formas*, mientras que *el fideicomiso se puede dejar fuera de él y sin forma alguna, e incluso en lengua griega.*
2. No se puede disponer de un legado a cargo de un legatario, pero si de un fideicomisario.
3. En cuanto a la persona del beneficiario, *podían ser fideicomisarios quienes no tenían capacidad para recibir por legado* y fuera de las limitaciones previstas para éstos.
4. *Mientras el legado se hace valer en el procedimiento formulario, el fideicomiso se tramita en el procedimiento extraordinario o cognitorio.*

Las diferencias señaladas por GAYO, son superadas por la evolución posterior cuando desaparece el procedimiento formulario y quedan abolidas las formas solemnes de los legados considerándose independientes de la institución de heredero. JUSTINIANO **sancionó la total equiparación de legados y fideicomisos al disponer que**: "*Toda palabra que signifique la legítima intención del testador que quiere legar o dejar fideicomiso, es útil y válida*, ya si el testador usara de palabras directas, cual es por ejemplo, "*mando*", ya si de suplicatorias, como son "*ruego, quiero, encomiendo, encargo a la fidelidad*", ya si hubiere interpuesto juramento...*Sea, pues, según lo que hemos dicho, eficaz en todas sus partes la voluntad expresada con las palabras conforme a las palabras del que lega o del que deja un fideicomiso, y entiéndase que todo lo que naturalmente hay en los legados es inherente también a los fideicomisos*, y por el contrario, entiéndase que todo lo que se deja por fideicomiso es legado, y si hay algo que no lo tiene la naturaleza de los legados acomódesele tomando de los fideicomisos, *y tengan todos completo efecto, y de todos nazcan acciones reales, de todas las hipotecarias, y de todos las personales*" (C. 6. 43. 2).

[603] GARCÍA GARRIDO, Manuel; op. cit. pg. 815.

10. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

En la época de la República *no podía exigirse judicialmente al fideicomisario el cumplimiento del fideicomiso.* Esto dependía de la buena fe del encargado, lo que se indicaba por el nombre de la institución: "***comisión fiel***". Desde comienzos del Imperio, por autoridad administrativa de los cónsules, y no por los jueces, se ordenó a ejecutar al fideicomiso en algunos casos, y en otros porque el testador lo había solicitado expresamente.

Posteriormente se le reconoció obligatoriedad como institución jurídica y se nombró un pretor especial, ***el pretor fideicomisarius***, para vigilar el cumplimiento. Sin embargo *los fideicomisos no son pretorianos; fueron creados por los jurisconsultos.*

Las relaciones entre el heredero y el fideicomisario se manejaron por el *pretor de fideicomisos*, y las relaciones entre el fideicomisario y los acreedores o deudores de la sucesión se aclaraban ante el pretor ordinario, puesto que el fideicomisario no era un heredero.

En sus comienzos, el fideicomiso podía crearse por codicilos, con la condición de que ya existiera un testamento. Posteriormente, pero antes de la época de Gayo, se permitió que los codicilos impusieran un fideicomiso al heredero *ab intestato.*

11. CLASES DE FIDEICOMISO

Al desarrollarse la institución del fideicomiso aparecen sus distintas variantes. Originariamente el testador nombraba un fideicomisario precisamente para no nombrar a un heredero, y encargaba a aquél la distribución de bienes a los beneficiados. Igualmente podía instituir heredero junto con un fideicomisario. El testador podía encargar al heredero, que para la ocasión era *fiduciario* -***heres fiduciarius***-, la entrega de la herencia en su totalidad (a título universal), o una parte de ella (a título particular), a un fideicomisario a favor de un tercero beneficiario.

a. Entrega de la Totalidad de la Herencia.

Si el fideicomiso incluía la totalidad de la herencia, el heredero era responsable de la administración del pago de las deudas que tuviera, hasta la venta formal y ficticia que hacía de la herencia al fideicomisario. La venta era seguida por estipulaciones mediante las cuales el heredero se comprometía a entregar el activo de la herencia al fideicomisario y a permitir a este la posibilidad de demandar por cualquier acción en defensa de la herencia. En contrapartida, el fideicomisario se comprometía a pagar todo lo que el heredero debía y a proceder a las defensas judiciales necesarias.

b. Entrega de una Cuota de la Herencia.

Si el fideicomiso incluía sólo una cuota de la herencia, las estipulaciones entre heredero y fideicomisario después de la venta ficticia de la cuota eran ***partis et***

pro parte, es decir un legado por parte -***legatum partitionis***-, por el cual el fideicomisario se responsabilizaba de las deudas y de los cobros correspondientes en proporción a la parte recibida por él.

c. Modificaciones al Régimen de Fideicomiso con Heredero.

El régimen descrito no era satisfactorio. El heredero deseoso de obtener mayor beneficio de la herencia podía abstenerse de vender ficticiamente la herencia o parte de ella al fideicomisario. Además si los deudores de la herencia eran insolventes, las estipulaciones entre el heredero y el fideicomisario eran inútiles. En consecuencia el régimen fue modificado por dos senadoconsultos: el ***Trebelliano*** y el ***Pegasiano***.

Senadoconsulto Trebelliano.- Este senadoconsulto, dado a proposición del cónsul TREBELIO en el año 56 de nuestra era, *estableció que el fideicomisario ocuparía el lugar del heredero -**loco heredis**-*, de manera que él pudiese obrar en contra de los deudores y ser perseguido por los acreedores. El título de heredero permanecía en el fiduciario sin utilidad práctica alguna, pues si perseguía a los deudores o era perseguido por los acreedores, el demandado podía oponer la ***excepción restituoe hereditatis***.

Senadoconsulto Pegasiano.- Para evitar que el heredero fiduciario repudiara la herencia ante la perspectiva de no recibir nada de ella, el **Senadocunsulto Pegasiano** *extendió a los fideicomisos universales las disposiciones de la **Ley Falcidia**, dando al heredero fiduciario el derecho de reservarse un cuarto de la herencia -**quarta pegasiana**-*. JUSTINIANO, con el propósito de simplificar el régimen del fideicomiso de herencia, ***fusionó las disposiciones de los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano***, disponiendo que el fideicomisario ocupara siempre el lugar de heredero y que el fiduciario conservara su derecho a la ***Quarta Falsidia***, salvo el caso de aceptación obligatoria.

Fusión de los Fideicomisos con los Legados.- JUSTINIANO, como se ha visto anteriormente, *decidió que los legados y fideicomisos estarían sujetos a unas mismas reglas* (C. 6. 43. 2).

> "...Pues habiendo observado que la antigüedad encerraba a los legados ciertamente en estrechos límites, pero que a los fideicomisos, que provenían más de la voluntad de los difuntos, les concedía mayor amplitud, consideramos que era necesario igualar todos los legados a los fideicomisos, de suerte que ninguna diferencia haya entre ellos, sino que lo que falta a los legados se supla con lo de la naturaleza de los fideicomisos, y que si algo demás hay en los legados, con ello crezca la naturaleza de los fideicomisos..." Inst. 2, 20, 3.

Octava Parte
PROCEDIMIENTOS ROMANOS

CAPÍTULO I
PROCEDIMIENTO CIVIL ROMANO

1. BREVE HISTORIA DEL PROCEDIMIENTO CIVIL ROMANO

El proceso, como instrumento de realización de la justicia, ha de ser estudiado en su *evolución histórica*, para la mejor comprensión de las instituciones procesales.

El proceso actual sea civil o penal es el resultante de varias corrientes de civilización, que en el transcurso de los siglos se han entrelazado y en su evolución las unas han absorbido a las otras o se han superpuesto ejerciendo su hegemonía. En la tarea de administrar justicia ha influenciado el ***derecho primitivo romano***, el ***derecho canónico medieval*** y el ***proceso germánico***.

En el derecho romano *se encuentra el germen de los procesos civiles actuales tanto de conocimiento como de ejecución*, motivo suficiente para comenzar el estudio de esta materia, dando lineamientos puntuales del *derecho procesal civil romano*.

Se ha dicho con razón que Roma se impuso al mundo civilizado "*más que por el empuje de sus legiones* (ejércitos) *por el sentido religioso de su justicia*". Roma y justicia parecerían de algún modo palabras complementarias naciendo la una de la otra. Ningún pueblo anterior hizo de la justicia religión del Estado por eso el derecho romano sigue siendo el viejo pilar sobre el cual se apoyan todas las legislaciones posteriores, aún las más avanzadas y tenidas de modernidad. *El sueño de Roma no es más que el sueño de la justicia*.

La *cultura postmoderna* propone la recuperación del pasado, no mira al pasado con una especie de desprecio, por el contrario, *el post modernismo* entiende que como lo pretérito no puede destruirse hay que volver a visitarlo, para poder así extraerle todo lo aprovechable que posea, aunque fuese menester introducir un retoque o razonamiento en procura de dicha meta.

En Roma se conocieron tres sistemas de procedimientos, correspondientes cada uno de ellos a diferentes períodos histórico-políticos.

El primero sistema de acciones de la ley -*Legis Actiones*-, probablemente se inició durante la **Monarquía**, consagrándose definitivamente en la **República**, por la *Ley de las XII Tablas.*

El segundo sistema de procedimiento creado por el *pretor peregrino,* fue el *Formulario* que coexistió por algún tiempo con el de las *Acciones de la Ley.* Al principio sólo lo usaron los extranjeros, más tarde también los ciudadanos, y finalmente sustituyó al sistema de las Acciones de la Ley. Aunque nace desde la época republicana, cobró más importancia en el **Principado** y corresponde al *derecho clásico.*

El último sistema fue el del **Procedimiento Extraordinario** o ***Extraordinaria Cognitio*** en donde el proceso era *monofásico* y la persona que conocía la acción también conocía todo el procedimiento hasta llegar a la sentencia. El Sistema Extraordinario corresponde al **Imperio Absoluto** y a la fase del *derecho postclásico.* El nombre de *extraordinario* se debe a que en un principio se aplicó en forma excepcional, cuando el procedimiento formulario era todavía el sistema preponderante.

El rasgo más saliente y característico de la organización y mecanismo del procedimiento civil de los romanos, desde los primeros tiempos hasta **DIOCLECIANO**, es la división de las funciones judiciales entre el magistrado y el juez. De esta manera el procedimiento se dividía en dos partes distintas y separadas, una ante al magistrado (***in iure***) y otra ante el juez (***in indicio***).

El magistrado ***ius dicit,*** esto es, determina anticipadamente las consecuencias jurídicas de los hechos alegados por los litigantes, instruye la causa y fija los términos de la controversia; el juez ***iudicat,*** esto es, verifica los derechos aducidos por las partes, aplica a los mismos los principios indicados a los magistrados y pone fin al litigio mediante *sentencia.*

El oficio del ***ius jusdicante,*** o sea la jurisdicción correspondía particularmente a los magistrados mayores, esto es, en **Roma** a los ***pretores***, en **Italia** a los ***consulares*** y a los ***iuridici*** y en las provincias a los cónsules y a los presidentes. Podían auxiliarse de un ***consilium*** o de ***asesores.***

El oficio de juez correspondía a un tribunal permanente, como el de los ***decenviros*** o ***centunviros***, o a un colegio de jueces particulares, o también a jueces especiales particulares nombrados en cada caso por el magistrado ***jurisdicente.*** Durante el Imperio, el tribunal de los centunviros no figuraba sino en casos excepcionales, y especialmente en algunos litigios sobre cuestiones hereditarias: or-

dinariamente, si las partes no se ponían de acuerdo en el nombramiento del juez, éste era elegido entre los inscritos en el ***album iudicum selectorum.*** En algunos casos, que interesaban al orden público y en los cuales el magistrado ejercía actos de imperio más bien que de jurisdicción, funcionaban como jueces los ***recuperatores.***

En los pleitos en los cuales el juez tenía cierta libertad en el modo de juzgar como, por ejemplo, en los juicios rebuena fe, el juez era particularmente llamado ***árbitro***.

El proceso dividido en dos fases de ***ius*** y ***iudicium*** se llama, ***ordo iudiciorum privatorum*** en contraposición al ***ordo iudiciorum publicorum; el iudicium*** es público o privado, no según el carácter del juzgador; sino el de la materia sobre que recae. La separación del ***ius*** y del ***iudicium*** era la regla, existían, sin embargo, casos excepcionales en los que el magistrado en vez de nombrar al juez, examinaba y decidía por sí mismo ***extra ordinem***, y de aquí el nombre de ***iudicio extraordinarium*** o ***extraordinaria cognitio***. En tiempo de DIOCLECIANO el ***ordo iudiciorum privatorum*** desaparece, y todos los juicios pasaron a ser extraordinarios en el sentido indicado[604].

El derecho procesal del período antiguo consta de varios procedimientos introducidos por medio de ***leyes actiones***. Un grupo de éstas se halla constituido por los procedimientos contenciosos; otro por el de ejecución forzosa.

2. EL PROCEDIMIENTO DE LAS LEGIS ACTIONES

Refiere **GAYO (IV. 11)** que las acciones que estuvieron en uso entre los antiguos se llamaban "*acciones de la ley*" (***legis actiones***), y esto, ya porque eran creadas por la leyes (pues en ese tiempo los edictos del pretor, por los cuales se han introducido la mayoría de las acciones, no estaban en uso) o ya porque estaban ajustadas (***acommodatae erant***) a las palabras mismas de las leyes y a causa de ello eran observadas de manera inmutable al igual que las leyes. Así si alguien accionase por el corte de ***vides*** y nombrase la palabra "***vides***" (***uites***) en la acción, por esta denominación ha perdido el pleito, puesto que quien accionaba debería haber nombrado la palabra "***árboles***" (***arbores***) ya que la **Ley de las XII Tablas** sobre la cual reposa esta acción por corte de vides, habla de una manera general de "*árboles cortados*" (***de arboribus succisis***).

La designación de ***legis actiones*** es la que especifica el más antiguo procedimiento romano. Se conjetura que, por lo menos en algunas de sus formas, *debió ser anterior a la Ley de las XII Tablas*, rigiendo desde sus más antiguos orígenes.

[604] SERAFINI, Felipe, op. cit. pg. 256 y 257.

El control de las fórmulas estuvo en manos del *Colegio de los Pontífices*, lo mismo que el calendario, ello fue así hasta la publicación de las mismas por parte de un liberto del pontífice APPIO CLAUDIO, llamado CNEO FLAVIO, quien sustrajo las anotaciones reservadas y las libró al reconocimiento de todos; a ello se denominó ***ius flavianum***.

Refiere **D'ORS** que en la época arcaica las actuaciones procesales se acomodaban a lo prescrito en las leyes, y consistían en determinados gestos y formas orales que debían tener lugar ante el magistrado. El número de estas ***leyes actiones*** debía de ser bastante limitado, y su tramitación muy rígida. Las dos principales y más antiguas son la del ***sacramentum in rem***, que servía principalmente para apoderase de cosa propia, y de la ***manus iniectio***, que servía para apoderase de un deudor que no pagaba, y perduró como acción de ejecución cuando la reclamación contra los deudores hubo de tramitarse mediante un previo juicio declarativo, también fundado en una especie de ***sacramentum (in personam)***.

Más progresiva, aunque ya conocida por las XII Tablas, es la ***legis actio per iudicis arbitrive postulationem.*** En ella el demandante formulaba oralmente su pretensión indicando la causa de la misma y, si el demandado no le satisfacía, se procedía al nombramiento de un juez, o si había que valorar algo en dinero, de un árbitro que hiciera la estimación. **Las XII Tablas** concedían esta acción para reclamar *deudas pecuniarias nacidas de una* ***sponsio*** *así como para dividir herencias* o, en virtud de una ley ***Licinia*** (hacia 210 a.C.) *para dividir cualquier propiedad.*

GAYO en sus INSTITUTAS (IV.12) considera cinco modos de ***legis actiones***: por "***sacramentum***", por "***iudicisis postulatio***", por "***condictio***", por "***manus iniectio***" y por "***pignoris capio***".

De las cinco acciones de la Ley han sido clasificadas así: el ***sacramentum***, la ***iudicis postulatio*** y la ***condictio*** son llamadas ***acciones declarativas*** porque mediante ellas el reclamante se hacía reconocer el derecho por él invocado; la ***manus iniectio*** y la ***pignoris capio*** son acciones ***ejecutivas***, pues eran formas particulares de ejecución, una vez que el actor obtenía una sentencia a su favor o una confesión del demandado delante del magistrado.

Las acciones de la ley están exclusivamente reservadas a los ciudadanos romanos que pertenecen al viejo ***ius civile.***

2.1. LEGIS ACTIO PER SACRAMENTUM

En un principio fue la única forma de intentar una acción y se aplicaba a los derechos reales y de crédito.

El procedimiento "***in iure***" cada parte hace la afirmación formal y solemne de su derecho, si es una "***actio sacramentum in rem***" **el actor** toca con una ***va-***

gueta la *cosa a reivindicar* o a una parte representativa de ella diciendo: *digo que esta cosa me pertenece conforme al derecho quiritario*, y **el demandado** hacía lo mismo, "***contra vindicatio***", **el pretor** pone fin al simulacro diciendo: *dadme ese objeto; luego venía la provocación o desafío recíproco* al "***sacramentum*** **o** ***apuesta***", cada parte comprometía *una cantidad de dinero o de animales* para el caso de que su acción fuera perjura. *El magistrado asigna provisionalmente la cosa a uno de los litigantes, quien debe garantizar la devolución y por último nombrar al juez ante el que debe iniciarse la etapa "**apud iudicem**".*

Ante el juez las partes suministran las pruebas y los abogados alegan sobre el fondo del negocio. El juez toma una resolución y decide que parte ganó la apuesta, y a la vez sobre el problema que dio origen a la controversia.

La cantidad depositada era recuperada por el ganador y se perdía para el vencido, quien debía entregar su apuesta a favor del templo. En épocas posteriores se entregó al fisco.

Dentro de este sistema "***in iudicium***" existe el "***arbitrum litis aestimandae***", que tiene por objeto ponerle un precio en dinero al objeto que la parte que perdía estaba obligada a pagar, el cual es indispensable para el ejercicio de la "***manus injectio***".

2.2. LEGIS ACTIO PER IUDICES POSTULATIONEM

Procedimiento por el cual *las partes solicitaban la designación de un juez o árbitro en casos de obligaciones nacidas de una promesa de pagar una cantidad de dinero y en reparto de bienes por cualquier partición.* **El actor** en forma solemne declara; pretendo que en virtud de la "***Sponcio***" me debes dar 500 ases y te pido que lo admitas o lo niegues. **El demandado** contestaba: niego deberte 500 ases. *El demandante concluía*: puesto que niegas, **te pido** ***Pretor***, *que nombres a un juez o a un árbitro.* El juez estimaba lo que una parte debía a la otra según las pruebas y sólo reconocía el derecho al demandante. En el caso de repartición de bienes, el juez divide los bienes entre los proindivisos por adjudicación judicial.

2.3. LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM

Utilizada con posterioridad a las dos anteriores todas las que modernamente podrían configurar el *procedimiento de cognición.*

Consistía en el emplazamiento en forma solemne ante el magistrado que hacía el demandante al demandado para que compareciera en el plazo de 30 días ante el pretor a efecto de que designara un juez.

Instituida por la Lex Silia de Condictione del siglo III a.C. para reclamar deudas ciertas de dinero "***dare certum pecuniae***", extendida por la Lex Calpur-

nia de Condictione del siglo II a.C., cuando se trataba de cosa cierta "***dare certam rem***".

2.4. LEGIS ACTIO PER MANUS INIECTIONEM

La ***legis actio per manus iniectionem*** y la ***legis actio per pignoris capionem****, asimílanse al proceso ejecutivo moderno.* Procedimiento contemplado en la **Ley de las XII Tablas** que consiste en obligar al deudor a ejecutar la sentencia mediante el apoderamiento por parte del acreedor de la persona física del deudor.

El acreedor tomando por cualquier parte del cuerpo al deudor, decía: como tú has sido condenado a pagarme 500 sestercios, y no me has pagado, pongo la mano sobre ti, "***manus injectio***" como modo de ejecución personal sobre el deudor.

Quien había sido condenado a pagar una suma de dinero, después de 30 días de espera, era llamado a juicio por el acreedor y si no prestaba garantía era asignado por el pretor al mismo acreedor, quien adquiría un poder sobre el ejecutado. Si después de 60 días nadie lo rescataba, se le podía dar muerte o reducirlo a la condición de esclavo para ser vendido ***trans Tiberim***. Este riguroso procedimiento de ejecución fue atenuado con la sanción de la **Lex Poetelia Papiria** del año 326 a.C., *que prohibió el encadenamiento, la venta y el derecho de dar muerte a los deudores, a la vez que establecía que en adelante éstos responderían de sus obligaciones, no con su persona, sino con sus bienes.*

2.5. LEGIS ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM

Esta acción ejecutiva *consistía en el aseguramiento de un bien del deudor por parte del acreedor*, sin la intervención del magistrado en ausencia del deudor, pronunciándose palabras sacramentales, hasta el pago de la deuda (Gayo, IV, 29).

En un principio el procedimiento existió a favor del Estado y de algún interés religioso, por parte del magistrado recaudador de impuestos.

La pignoris capio era un camino excepcional del que sólo se podía usar en pequeño número de casos, determinados algunos por las costumbres, y otros por la ley. Por eso, la costumbre le autorizaba en beneficio del soldado contra los que debían distribuir el sueldo, ***aes militare***, o pagar el dinero destinado a la compra de caballos, ***aes ecuestre***, o de la avena, ***aes hordiaqrium*** (Gayo, IV, 27). **La Ley de la XII Tablas** la concedía al vendedor de una víctima contra el comprador que no pagaba su precio; y una **ley Censoria**, a los publicanos, contra los que no pagaban los impuestos (Gayo, IV, 28). Véase **EUGÈNE PETIT**, en su ***Tratado Elemental de Derecho Romano*** ya citado, pg. 624.

3. EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO.- SU ORIGEN Y CARÁCTER

Como *los peregrinos no tenían acceso a las "**legis actiones**"*, el pretor fue desarrollando un tipo de proceso que seguía el esquema del arbitraje obligatorio de las "***legis actiones***" con sus dos etapas, aplicando el uso de palabras adaptadas "***conceptas vebas***" en lugar de palabras determinadas "***certa verba***" y se originó así la ***formula.*** El procedimiento formulario es más elástico y ventajoso que las acciones de la ley, renuncia a la recitación solemne de palabras rituales. Este procedimiento tiene su origen en el ***ius honorarium*** y en el ***ius gentium***, *más tarde fue ampliado por el **ius civile**.*

Por disposición de la **Lex Aebutia** del año 150 a.C., se dejaba a los litigantes en libertad de elegir entre este nuevo procedimiento, y el de las acciones de la ley, hasta que finalmente la **Lex Iulia Iudiciaria**, de la época de AUGUSTO, *abolió el derecho de opción e impuso como único el procedimiento formulario.*

El pretor peregrino ayudaba a los litigantes a redactar un pequeño texto, llamado ***formula*** en el cual se reunían los antecedentes y pretensiones de las partes, y que serviría para que el juez tuviese una visión completa del problema existente. Son las fórmulas a manera de guías o instrucciones que el magistrado traspasa al juez para que sirvan de norma orientadora en la sentencia.

El pretor poco a poco fue creando modelos de textos apropiados a los diversos tipos de juicio, modelos que daba a conocer al iniciarse en su cargo como funcionario.

En procedimiento formulario se desarrollaba también en dos fases: "***in iure***" e "**in iudicio**" ("***apud iudicem***").

4. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

A. PROCEDIMIENTO *"IN IURE"*

En la etapa "***in iure***" *ante el magistrado, el demandante* plantea su petición de acción sobre la base de una fórmula que proponía, *el demandado* declaraba su aceptación o reclamaba algún cambio, *el magistrado* llevaba a las partes a un acuerdo en la redacción de la fórmula y en la elección del juez.

Partes de la Fórmula

Las partes Ordinarias son cuatro: ***Intentio***, ***demonstratio***, ***condemnatio*** y ***adiudicatio***. Gayo IV, 39.

Las extraordinarias son dos: ***Exceptio*** y ***praescriptio.***

1. ***Intentio***.- La ***intentio*** es la parte fundamental, el nervio de la fórmula. *Indica la pretensión del demandante y el objeto del litigio*; patentizándose la naturaleza de la reclamación y abriéndose puertas al debate procesal.

2. ***Demonstratio***.- *Consiste en la exposición de los hechos que sustentan el proceso y fundamentos jurídicos.* Cuando la acción versa sobre un ***incertum***, se recurre a una ***demonstratio***, que sirve para aclarar y concretar la naturaleza de la reclamación a través de los hechos que pueden fundamentarla. La ***demonstratio*** que va en la cabeza de fórmula, *es la exposición de hechos que motiva el proceso.* Para GIRARD es la causa del derecho alegada por el demandante, que sólo se encuentra en las acciones personales o inciertas.
3. ***Adiudicatio***.- *Es aquella parte de la fórmula por la cual se permite al juez adjudicar una cosa a alguno de los litigantes*: por ejemplo, si cuando ejercitase la acción de división de herencia entre o los coherederos, o la ***communi dividundo*** entre comuneros no la ***finium regundorum*** entre vecinos; pues en ellas se dice así: "*Cuanto debas adjudicar a Ticio, tú, juez, adjudícaselo*".
4. ***Condemnatio***.- *Es la última parte de la fórmula por la cual se pide al juez, si se dan los supuestos de la **demonstratio** o de la **intentio** condene al demandado o si no lo absuelva.*
5. **EXCEPTIO**.- La ***exceptio*** *es una parte de la fórmula establecida en beneficio del demandado como defensa contra la **actio** del demandante.* Si el demandado se limitaba a negar las pretensiones del actor no era menester que la fórmula tuviese aditamento alguno, concretándose a una redacción sobre la base de las partes ordinarias y la inexistencia de los hechos en que se fundó la reclamación llevaba a una sentencia absolutoria. Pero si el demandado alegaba determinadas circunstancias o hechos, cabía también que quedase desviada o excluía la condena.

   Cabe todavía que admitida la ***exceptio***, pueda que no se pediría al actor argumentar contra ésta, pidiendo la inserción de una ***replicatio*** y que luego en momento subsiguiente, solicite el demandado una ***duplicatio***.
6. **PRAESCRIPTIO**.- *Es una parte de la fórmula que se antepone por tanto a ella y sirve para determinar, y en general para limitar su contenido*; limitación que puede ser de diversa índole. Puede haber, efectivamente, limitaciones a favor del actor y limitaciones a favor del demandado, como el propio GAYO nos dice[605].

[605] SCIALOJA, Vittorio; *Procedimiento Civil Romano*, Ediciones Jurídicas Europea-America, Buenos Aires, 1954, pg. 162.

Según GAYO, en su tiempo todas las prescripciones se daban ***pro actore***, mientras las otorgadas ***pro reo*** establecidas en el derecho antiguo, llegaron a desaparecer asimilándose a las excepciones[606].

De La Litis Contestatio.- Una vez que las partes están de acuerdo en celebrar el ***iudicium***, el pretor, fija la fórmula con que se deberá resolver la cuestión jurídica por el decreto de ***iudicium dare***. Este momento es el punto central del procedimiento ***in iure***, y es llamado ***litis cantestatio***[607].

Con la "***litiscontestatio***" concretada en una propuesta y aceptación del demandante y del demandado de someterse a juicio en los términos en que se halla redactada la fórmula quedan determinados en forma precisa, los derechos subjetivos deducidos en juicio.

B. PROCEDIMIENTO "*APUD IUDICEM*"

En el procedimiento ante el juez o ante el colegio de jueces designado, tiene lugar el desarrollo de la prueba y el acto de dictar sentencia. El ***iudex*** es instruido por la fórmula, sobre la cuestión jurídica objeto del debate, cuyo conocimiento y decisión a él incumben. El ***iudex*** *está vinculado a la fórmula* y debe decidir exclusivamente las cuestiones de derecho y de hecho todas que aquélla contiene.

La sentencia sólo puede contener la absolución o la condena del demandado; en ningún caso el juez tiene derecho a corregir el error cometido por las partes al exponer sus pretensiones en la fórmula, y debe dictar sentencia de acuerdo con lo establecido en ella.

El procedimiento ante el juez está regido por los ***principios de la inmediación*** y de la ***oralidad***. En cuanto a la prueba, impera la libertad de criterio del juez, sobre todo en lo que se refiere a la apreciación del valor de los medios probatorios, desde muy antiguo[608].

Las partes que pueden acudir asistidas por oradores, han de facilitar al juez las pruebas en que fundan sus alegaciones. A este respecto, *rige el principio según el cual la carga de la prueba incumbe a todo aquel que sostiene una pretensión, sea accionado o excepcionando*: ***necessitas probandi incumbit illi qui agit***. Tanto el actor como el convenido siempre que la posición de éste no sea pasiva -, vienen obligados según lo dicho, a suministrar los datos, las pruebas de hecho que sirvan de confirmación a lo aducido.

---

[606] IGLESIAS Juan. Op. cit. pg. 184 y 185.

[607] La ***litis contestatio***, recibe este nombre de la época de las ***legis actiones*** cuando las partes reclamaban los testigos (***testes estote*** = "***sed testigos***") de allí se forma la palabra ***litis contestatio*** (atestiguamiento del litigio).

[608] KASER, Max; op. cit. pg. 376.

Sin embargo hay hechos de los que no se exige la probanza, en cuanto que la ley los tiene por ciertos e indubitados, no admitiéndose la prueba contraria -***praesumptiones iuris et de iure*** -; hechos que, presumidos por la ley, valen como verdaderos en tanto en cuanto no se demuestre lo contrario, en una contraprueba autorizada - ***praesumptiones iuris*** -; y hechos, en fin, admitidos por la libre y racional presunción del juez - ***praesumptiones hominis.***

Los medios de prueba son varios: ***testigos, documentos, juramento, dictamen pericial, inspección ocular***, etc.

Los testigos *-obligatoriamente en número superior a uno*, en la época imperial, siquiera sea para el valor de la prueba -prestan su declaración oralmente, asignándose a ésta el papel de la pieza de convicción, de instrumento de conocer más o menos atendible, según la ciencia y entendimiento que asistan ante el juez[609].

Constituyen también medios de prueba las ***declaraciones de las partes*** en el juicio oral otorgándose eficacia probatoria a la declaración prestada voluntariamente mediante juramento por acuerdo de las partes, a cerca de la veracidad o no de un hecho.

La prueba documental se introduce progresivamente en los usos forenses a medida de que se difunde el empleo del documento en la práctica negocial, lo que comienza a ser frecuente al menos desde el siglo I a. C y se acrecienta durante el Principado.

Los documentos pueden ser públicos y privados, atribuyéndose a los primeros el valor de prueba frente a todos, y a los segundos valor de prueba frente a la persona de la que provienen.

El juramento deferido por una parte a la otra ante el magistrado -iusiurandum in iure- obliga a jurar o a referirlo al adversario, *zanjándose la cuestión* -juramento decisorio-.Éste es el régimen de la época justinianea, en la que se conoce también el ***iusiurandum iudiciale***, especie de juramento supletorio que el juez impone a la parte o a las partes, fuera de toda solicitud y sin atender a la voluntad de los litigantes manifestada en sentido contrario[610].

Desde fines del siglo I d.C. la jurisprudencia comienza a establecer los fundamentos de la *doctrina de la carga de la prueba*. Esta doctrina trata de fijar criterios en cuanto a la distribución entre los litigantes de los que deben ser probados y las consecuencias de la falta de prueba de los mismos. *Con carácter general, se fórmula*

[609] IGLESIAS, Juan. Op. cit. pg. 193 t 194.
[610] IGLESIAS Juan, op. cit. pg. 194.

el criterio de que incumbe a cada una de las partes probar los hechos que integran la situación jurídica que invocan como fundamento de su respectiva posición en el proceso (***ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat***) ; en consecuencia, en principio, corresponde al demandante probar la ***intentio*** o ***demonstratio***, y al demandado la ***exceptio***, pero, en ocasiones, la invocación por éste de un hecho negativo frente a la ***intentio*** puede obligar al demandante a tener que probar como positivo el hecho negado por el demandado (*inversión de la carga de la prueba*).

En relación con la carga de la prueba deben considerarse también las *presunciones legales*, es decir, las dispensas de prueba de un hecho por la concurrencia de otro antecedente del que depende la posibilidad de certeza de aquél; así ocurre, por *ejemplo* en la presunción de legitimidad de un hijo nacido después de transcurridos ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio y antes de trescientos a contar desde su disolución.

Finalmente aunque son los litigantes quienes tienen que proponer al órgano judicial los elementos de convicción para la decisión de la controversia, nada impide que, en ocasiones tanto a iniciativa de las partes como de oficio, pueda el juez estimar la conveniencia de obtener directamente información sobre determinadas cuestiones relacionadas con el objeto del litigio, mediante desplazamiento (***inspección judicial***) a un determinado lugar, por ejemplo a efectos de verificar los daños causados, o apreciar el estado de ruina de un edificio.

5. LA SENTENCIA

Terminada la prueba y ordinariamente una vez hechas las alegaciones finales de las partes, dicta el juez o los jueces la sentencia (***sententia***, ***iudicatum o res iudicata***) y comunica ésta a las partes allí presentes.

Se llama sentencia a la declaración del juez por la que resuelve la controversia que fue sometida a su decisión por las partes y por el magistrado. El juez unipersonal debe llegar a esa decisión después de valorar el conjunto de la prueba practicada, y su *fallo ha de ser congruente con los términos contenidos en la fórmula*; si el órgano judicial es colegiado, el pronunciamiento de la sentencia va precedido de las correspondientes deliberaciones de sus singulares integrantes, y refleja la postura mayoritaria de los mismos. *En cualquier caso la sentencia no requiere en el procedimiento formulario una forma determinada ni tampoco exige que esté expresamente motivada.*

La inexistencia de apelación en el procedimiento formulario dota de firmeza a la sentencia desde el momento mismo de su pronunciamiento siempre y cuando se trate de una sentencia válida. La nulidad de la sentencia pueda resultar de la incidencia de *vicios de tipo procesal*; así, la corrupción del propio juez, la falsedad

en las pruebas y otras causas de naturaleza similar; pero las sentencia es también procesalmente inválida si resulta disconforme con los términos de la fórmula o si fue dictada después de transcurrido el plazo que disponía el juez para emitir su fallo[611].

La sentencia debe ajustarse, en cuanto a su contenido, al programa procesal. En las acciones que tienen por objeto la exigencia de una prestación, la sentencia rezará ***condemno*** o ***absolvo***, y en el primer caso (excepción hecha de las acciones noxales). La condena vendrá expresada por una cierta suma de dinero (principio de la ***condemnatio pecuniaria***); en las acciones divisorias la sentencia contendrá la palabra ***adiudico*** y en los ***praeiudicia*** será una sentencia fijativa.

La sentencia del juez o jueces es definitiva y en general inalterable, tiene una fuerza formal de Derecho porque el juez decide en única instancia.

En la época del Principado *se crea una apelación* (***apellatio***). Primeramente contra las sentencias recaídas en el proceso ***extra ordinem*** y más tarde también contra las sentencias dictadas en el procedimiento ordinario. *Se apela al emperador o a los funcionarios por el emperador delegados, y la apelación puede dar por resultado la anulación o modificación de la sentencia*[612].

De la sentencia firme se deriva, ante todo, un efecto extintivo similar al de la ***litis contesatio***, que impide la reiteración de un nuevo proceso sobre el mismo asunto ya resuelto y entre las mismas partes litigantes; *la excepción de cosa juzgada* que aparece unida a la de cosa deducida en juicio (***exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae***), impide un nuevo pronunciamiento cuando por la naturaleza de la acción la extinción no se produjo ***ipso iure***.

La cosa juzgada afecta, en principio, sólo a quienes han intervenido en el proceso (***res inter. alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt***), pero en algunos casos los efectos de la sentencia se extienden a otras personas por diversas razones de interdependencia; así sucede en las relaciones de solidaridad, en donde la sentencia beneficia o perjudica a los demás titulares de la relación, aunque no hayan intervenido en el proceso; igualmente, la sentencia relativa a la institución de heredero repercute en los contemplados en el testamento como legatarios.

De acuerdo con la estructura de la fórmula procesal, el contenido de la sentencia sólo puede ser de absolución o de condena del demandado, y en este último caso ha de referirse a una determinada cantidad de dinero.

---

[611] FERNÁNDEZ BARREIRO, Javier Paricio. Op. cit. pg. 110 y 111.

[612] KASER, Max op.cit. pg. 378.

Un pronunciamiento judicial absolutorio del demandado puede derivarse de que el demandante no haya logrado probar el fundamento de su pretensión (contenida en la ***intentio*** o en la ***demonstratio*** de la fórmula), o por quedar neutralizada esa prueba por la aportada por el demandado en apoyo de la ***exceptio*** por él interpuesta; el juez debe también absolver al demandado si aprecia que el demandante ha incurrido en ***pluris petitio*** (en las acciones con ***intentio certa***) al plantear la demanda. Con carácter general, *en las acciones de buena fe* la sentencia es absolutoria si el demandado se aviene a satisfacer la pretensión del demandante antes del pronunciamiento judicial; a este mismo resultado conducen las acciones de derecho estricto provistas de cláusula arbitraria, en virtud de la cual la condena se supedita a la negativa del demandado a restituir lo reclamado y probado por el demandante; desde el siglo II d. C. se extiende a toda clase de acciones este régimen procesal (***omnia iudicia sunt absolutoria***), pero sólo con la ***cognitio extra ordinem*** se supera el carácter necesariamente pecuniario de la sentencia y en consecuencia, ésta puede desde ese procedimiento contener una orden de restitución cuando es de condena.

La sentencia de condena presupone el reconocimiento del derecho invocado por el demandante. Ello opera con carácter absoluto en las acciones personales, pero tiene efectos tan sólo relativos en las reales, en la medida en que el resultado del proceso no impide la reclamación posterior de un tercero invocando un mejor derecho sobre la cosa, tanto frente al demandante vencedor como en relación con el demandado absuelto. *Una sentencia meramente declarativa*, sin cláusula de condena o absolución, se da en las acciones prejudiciales; en los juicios divisorios, finalmente, la sentencia tiene eficacia constitutiva de derechos, en virtud de la ***adiudicatio*** de la fórmula[613].

6. VÍAS DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

En el procedimiento de la acciones de ley, la ejecución forzosa, en el caso de las ***actiones in personam***, tiene lugar –prescindiendo ahora de los casos excepcionales que permiten la utilización de la ***pignoris capio*** –por vía de ejecución personal, la cual es iniciada con la ***manus iniectio*** (siempre que el responsable no haya sido previamente exonerado de su responsabilidad) y conduce según las XII Tablas, a la muerte o reducción a situación de esclavitud del ejecutado; en la práctica, a una esclavitud por deudas.

En el ámbito propio del **procedimiento formulario** subsisten la ejecución personal y la esclavitud por deudas, pero *prima en este tiempo la ejecución sobre*

[613] FERNÁNDEZ BARREIRO, Javier Paricio; op. cit. pg. 111 a 113.

el patrimonio del ejecutado. Este procedimiento iniciado con el embargo de bienes del deudor (***missio in bona***), es una creación del derecho honorario. Abarca como vestigio de la ejecución personal de que procede todo el patrimonio del ejecutado, el cual es realizado, mediante un procedimiento unitario, en beneficio de todos los acreedores. *La ejecución patrimonial ordinaria es, pues, en la época clásica, un procedimiento concursal, y por tanto, una ejecución general.* Una ejecución especial sobre determinados bienes del patrimonio sólo se da con carácter de privilegio a favor de ciertas personas necesitadas de protección[614].

En el caso de que el vencido o condenado no acepte libremente el cumplimiento de la sentencia, es menester recurrir a un procedimiento de ejecución.

La ejecución se inicia con la solicitud del acreedor al magistrado, de que éste le conceda la ***actio iudicati*** contra el deudor. Los títulos que justifican la petición son objeto de examen por el pretor (*sentencia, confesión*).

En la época del procedimiento formulario la ejecución directa y personal es sustituida por la ***actio iudicati***, por la acción de cosa juzgada, que no evita, sin embargo, el que por el magistrado se autoricen actos ejecutivos personales[615].

El derecho pretorio introduce el régimen de ejecución patrimonial de la sentencia; esta innovación se encuentra históricamente relacionada con el fenómeno de la patrimonialización de las obligaciones. Una ***actio iudicati formularia*** sustituye a la antigua ***manus iniectio*** del procedimiento de las acciones de la ley como recurso para exigir el cumplimiento de la obligación civil (***obligatio iudicati***) que nace de la sentencia pronunciada en un juicio legítimo y una ***actio in factum*** de efectos análogos permite iniciar el procedimiento ejecutivo en los demás juicios. La acción ejecutiva, en uno y otro caso, presenta el mismo régimen procesal y se proyecta sobre los bienes del deudor y no sobre su persona.

El deudor tiene un plazo de 60 días para cumplir con la sentencia; en caso de no hacerlo el acreedor puede ejercer la ***actio iudicati***, acción que reemplaza la la ***manus iniectio*** de las acciones de la ley, *y se ejerce sobre los bienes del deudor mediante cualquiera de las siguientes medidas*: la ***bonorum venditio***, la ***bonorum distractio*** o la toma de prenda -***pignus in causa iudicati captum***-.

La bonorum venditio*, consiste en la venta en bloque del patrimonio del deudor,* y entraña para el mismo la nota de infamia, aunque para evitarla el deudor podía hacer cesión voluntaria de sus bienes (***bonorum cessio***)[616].

---

[614] KASER,Max; op. cit. pg. 380.
[615] IGLESIAS, Juan; op, cit, pg, 195.
[616] Infamia.- Falta de honorabilidad o de condición social o jurídica, en la que incurren los afectas por una nota censoria en razón de su conducta, en atención a una decisión

Bonorum distractio, *es la venta al menudeo de los bienes del deudor*; se llevaba a cabo para sustituir la nota infamante y la operación era efectuada por un *curador* ex profeso para ello.

Pignus in causa iudicati captum, o *toma de la prenda*, era el procedimiento empleado por el magistrado para así asegurar el efecto de sus decisiones cuando juzga ***extra ordinem***. El acreedor se quedaba con los bienes del deudor, a título de prenda, por un período de dos meses, después de los cuales podía venderlos para cobrarse el crédito.

La ***Lex Iulia iudiciorum privatorum*** del año 17 a.C. sanciona en la práctica anterior al derecho pretorio que permitía al deudor prestar ante el magistrado una declaración bajo juramento reconociendo su situación de insolvencia, no causada dolosamente; tras esa declaración, el deudor solicita del magistrado que le permita poner sus bienes a disposición de los acreedores (***cessio bonorum***) para satisfacer con la venta de los mismos (***venditio bonorum***) los créditos pendientes de pago. El magistrado impone entonces esta solución a los acreedores y se procede a la convocatoria concursal de los mismos con la colaboración del propio deudor, siguiendo luego el procedimiento del régimen ordinario en cuanto al modo de satisfacción de los créditos a los acreedores.

En esta forma voluntaria de ejecución, limitada a las posibilidades patrimoniales del deudor ("**Beneficio de competencia**"), evita la nota de infamia del mismo y excluye absolutamente la ejecución personal a causa de las deudas que puedan quedar sin satisfacer, en todo o en parte por no alcanzar el activo patrimonial para cubrirlas. El deudor queda, asimismo, patrimonialmente protegido frente a ulteriores reclamaciones de los acreedores por los créditos residuales en caso de que adquiera nuevos bienes; sin embargo, a petición de los acreedores, el magistrado puede autorizar una nueva venta de los bienes adquiridos por el deudor si estima que su cuantía justifica tal medida. **El derecho justinianeo** *introducirá en este régimen la preservación de algunos bienes como inembargables* por constituir un mínimo necesario para la subsistencia del deudor o por serle necesarios para el desempeño de su actividad profesional o laboral.

Como se ha expresado anteriormente, *las primeras manifestaciones de ejecución en el patrimonio del deudor se tienen en el derecho pretorio*, a través de la ***missio in bona*** o entrada en los bienes por y a solicitud del acreedor favorecido en sentencia. En el caso de ser varios los acreedores, podían sumarse todos a la posesión de los bienes -***missio in rem***-, cuyo efecto no era otro que el de la

judicial contra ellos pronunciada, en virtud de la disposición de una ley o de una cláusula del edicto, o simplemente por la estimación desfavorable de los conciudadanos.

conservación o guarda de aquéllos -***missio in bona rei servandae causa***-. Al frente del patrimonio se colocaba un ***curator bonorum***, designado por el pretor, a instancia de los acreedores, y el cual debe dar noticia de la ***missio***, mediante avisos públicos -***proscriptio bonorum***-, a fin de que puedan asociarse a la ejecución otros acreedores. Transcurrido el plazo de quince días- si el deudor hubiese muerto- o de treinta- si tal no ocurrió -se nombraba ***un magíster***, que era uno de los acreedores concursados, y a quien se confería el encargo de vender los bienes -***bonorum venditio***-. Tal venta, hecha después de observar ciertas formalidades y de transcurrir algún tiempo -quince o diez días-, se realiza en subasta y por el entero patrimonio. El comprador -***bonorum emptor***-, adquiriente del activo patrimonial, asume la obligación de pagar a cada acreedor un tanto proporcionado.

El ***bonorum emptor*** reemplaza al ***iudicatus*** en la titularidad de derechos que a éste asistían, actuando en su misma posición. Como acreedor de los deudores del condenado, puede dirigirse contra estos -***fórmulas Rutiliana*** y ***Serviana***-, para hacer efectivos sus créditos. La responsabilidad del patrimonio concursado no va más allá del monto a que alcance el precio de la venta.

La ordenación de los pagos comienza, pues, con los créditos privilegiados, que deben ser satisfechos por entero; entre ellos se encuentran, ante todo, *el Fisco en relación con los impuestos impagados, la mujer respecto a los bienes totales*, etc.; si la oferta del comprador excede de la cuantía de los créditos privilegiados, los demás acreedores tienen derecho a la satisfacción de los suyos en igualdad de condiciones y en la cuantía proporcional a la que se ha comprometido en la subasta el adquirente de los bienes.

Los remanentes de créditos no cobrados pueden ser exigidos al deudor concursado con pago a sus futuras adquisiciones patrimoniales, y no queda excluida la ejecución personal en la forma de prestación sustitutoria de servicios en provecho del acreedor para el pago de las deudas.

El adjudicatario de los bienes concursados (**emptor bonorum**) es un adquirente a título universal por derecho pretorio dispone de un interdicto para reclamar la posesión efectiva de los bienes, y de la acción ***publiciana*** como propietario pretorio si pierde la posesión. Para poder reclamar en las acciones que forman parte del patrimonio del deudor concursado por él adquirido, el derecho pretorio prevé la concesión de tales acciones adaptadas mediante transposición de personas en casos de un concursado vivo (***Fórmula Rutiliana***), y si se trata de un fallecido, con ficción de ser heredero del difunto (***Fórmula Serviana***).

La ***bonorum venditio*** lleva aparejada la nota de infamia, pero a partir de una **Lex Julia** tales efectos infamantes fueron desviados, junto con la obtención del

beneficium competentiae, en el caso de que el deudor cediese voluntariamente los bienes al acreedor o acreedores -***cessio bonorum***.

Finalmente, hubo de establecerse un régimen más templado, de ejecución patrimonial particular, esto es, en objetos concretos, no en la entera masa de bienes. Tal es la ***distractio bonorum***, *por la que se autorizaba la venta de cosas singulares, hasta alcanzar un precio bastante para atender las justas exigencias de los acreedores.*

Si el deudor, con la mira de causar daño a los acreedores, realiza actos de enajenación que merman su patrimonio -***alienatio in fraudem creditorum***-, se concede su revocación. En el derecho clásico existen dos medios enderezados a este fin: el ***interdictum fraudatorium***, que obliga al adquiriente a restituir cuanto ha recibido del deudor, y una ***restitutio in integrum***, que determina la vuelta de las cosas a su estado anterior, esto es, cual si no hubiese ocurrido la enajenación. **En el derecho justinianeo** otorgase la ***actio pauliana***, donde quedan fundidos ambos medios.

La ***actio pauliana*** se otorga al ***curator bonorum y a los acreedores***, y lo mismo frente al deudor que frente al tercero adquirente. Con relación a éste, se exige que conozca el fraude -***scientia fraudes***- pero ni tal es necesario en caso de adquisición a título gratuito. El tercero de buena fe y a título gratuito sólo es responsable, de todos modos, en la medida de su enriquecimiento.

Lo que se hizo para defraudar a los acreedores se revoca únicamente si ***eventum frauis habuit***, es decir, si resulta una imposibilidad efectiva de satisfacer por completo las deudas. Tal imposibilidad viene apreciada luego que se ha procedido a la ***bonorum venditio***.

La acción pauliana sólo puede intentarse dentro de un año, computado ***utiliter*** desde que ocurrió la enajenación. Después del año se otorga una ***actio in factum*** por razón del enriquecimiento. En la medida del enriquecimiento procede su ejercicio contra los herederos[617].

7. EL PROCEDIMIENTO COGNITORIO

El procedimiento extraordinario corresponde al Imperio Absoluto y es el sistema característico del derecho postclásico.

No obstante, este sistema apareció en una época más temprana y convivió con el procedimiento formulario. Se aplicaba en casos de excepción, esto es en forma extraordinaria para resolver controversias que se suscitaban en relación

[617] IGLESIAS, Juan; op. cit. pg. 196 y 197.

con instituciones de nueva creación como: reclamación de alimentos, demandas de honorarios profesionales y el cumplimiento de fideicomisos.

El sistema extraordinario, sustituyó a las fórmulas, y según se cree que a partir de DIOCLECIANO, siglo III, fue el procedimiento normal u ordinario para todos los asuntos.

Características Generales del Procedimiento Extraordinario.

a. *El proceso es monofásico*, no encontramos la división en dos fases -***in iure*** y ***apud iudicem***-, la persona que conoce de la acción es la misma que conoce de todo el procedimiento y dicta la sentencia.
b. *Se produce un viraje de lo privado a lo público*. La jurisdicción es una función realizada por el Estado, y las partes en el proceso están supeditadas a la autoridad del juez.
c. *El procedimiento es escrito*, pero la fórmula desaparece.
d. Desaparecen también los efectos de la ***litis contestatio***, que surgían de la aceptación de la fórmula.
e. *La **litis contestatio** del procedimiento extraordinario sólo señalaba un momento procesal determinado*: aquel en que las partes sostenían el primer contradictorio en el que el actor exponía sus pretensiones y el demandado su defensa. A partir de ese momento se contaba el plazo de tres años de duración máxima del proceso.
f. *Se admite la contrademanda o reconvención.*
g. *La condena ya no es forzosamente pecuniaria*, pudiendo recaer sobre una cosa determinada.
h. *Aparece la apelación* como recurso en contra de la sentencia. El juez superior conoce del asunto y puede revocar, confirmar o modificar la primera sentencia.

Desarrollo del Proceso.

a. Notificación (***litis denuntiatio***), hecha a petición del actor, por un empleado del juez, quien le presentaba la demanda (***libellus conventionis***) al demandado.
b. Contestación del demandado (***libellus contradictionis***), también efectuada a través del empleado judicial.
c. ***Litis contestatio***, en la que las partes exponían sus argumentos.
d. Procedimiento probatorio, las partes ofrecían las pruebas; entre éstas las más importantes eran *la testimonial, la documental y la pericial*. El juez apreciaba las cuestiones de hecho, recibía las pruebas sujetando a su va-

lorización por criterios determinados o presunciones "***iure et de iure***" y "***iuris tantum***"[618]

e. *Sentencia,* el juez dicta sentencia en presencia de las partes una vez terminado el litigio, con la particularidad de que ya no es obligatoriamente pecuniaria sino que afecta la cosa reclamada si este es el caso, *aparecen también las costas procesales.*

f. *Apelación,* la *sentencia podía ser impugnada,* el *recurso por* excelencia fue la apelación.

La apelación se formulaba ante el juez que hubiera dictado la sentencia en un plazo de diez días, verbalmente o por escrito, pasado el plazo sin que hubiera apelado, la sentencia era firme y podía ser ejecutada. La parte ganadora tenía la ***actio iudicati*** para pedir la ejecución que recaía en los bienes del demandado.

8. IMPORTANCIA DEL SISTEMA EXTRAORDINARIO

Nos ha parecido siempre injusto el hecho de que mientras la mayoría de los romanistas abundan en el concepto y el comentario del sistema de las fórmulas, aún reconociendo su necesidad y fuerza práctica, sin embargo, hayan sido parcos y hasta poco ganosos en la poca investigación de esa lenta y bien elaborada evolución que sufrió la ***extraordinario cognitio***, desde que se ensaya como procedimiento administrativo hasta que DIOCLECIANO la convierte en regla general, pues es en esta evolución donde están las fuentes de las grandes instituciones procesales modernas como la citación, la contestación de la demanda, el derecho probatorio, la sentencia como acto del poder público, etc. que si bien estaban esbozadas en sistemas anteriores, es ahora cuando alcanzan su fuerza y vigor por la fuerza pública que las sustenta y en un momento decisivo para la humanidad, que va a enturbiar las costumbres de los bárbaros, el hombre abandona definitivamente el sendero de la justicia privada para encaminarse por el de la *justicia pública.*

Es útil apuntar algunas de las características generales del nuevo proceso. Al comienzo el Derecho Romano era un derecho municipal privativo de la ciudad de Roma, después al extenderse a toda Italia se hizo nacional y ahora, por su vigencia sobre las gentes de las más distintas procedencias, y donde los pueblos propiamente romanos constituían una minoría ya sin privilegios se convirtió en *Derecho In-*

[618] Presunción.- Juicio formado por el juez, valiéndose de un razonamiento inductivo o deductivo, para afirmar la existencia de hechos desconocidos fundándose en en los conocidos ejm. se presume la legitimidad de los hijos durante el matrimonio o dentro de un determinado plazo posterior a la su disolución.

ternacional. El ***ius gentium*** terminó por absolver el ***ius civile***. *Entonces el derecho Romano es más público que privado por la directa intervención del Estado en todas en sus instituciones y muy especialmente en la administración de justicia.* Es lo que se ha llamado "la instauración del principio monárquico en el procedimiento civil".

A esta característica pública, se agrega la de la investigación. La ***cognitio***, la averiguación de la verdad, el interés por parte del Estado para que prime la razón por encima de la habilidad, sabiduría o malicia de los litigantes, tiene ahora un influjo preponderante. *Antes el pretor se limitaba, desde su alto sitial, a dirigir el debate, ahora el magistrado se pone en contacto directo con las personas y las cosas del proceso, y el mismo oye a las partes, investiga los hechos y dicta la sentencia.* El honorable espectador se ha convertido en verdadero Juez no sólo oye, sino que inquiere, intuye y deduce. *Lo que caracteriza la* ***cognitio*** *es el poder de investigación de que está dotado el magistrado y de la* ***cognitis extra ordinem***, *como se llamaron los jurisconsultos clásicos o de la* ***cognitio extraordinario*** *como la llamó* JUSTINIANO, *surgió el proceso de cognición o de conocimiento de los tiempos actuales.* Digamos de una manera general que si bien no es rigurosamente exacta, por lo menos, permite dibujar mejor el concepto que durante la vigencia de los dos primeros sistemas el *principio dispositivo* había predominado ampliamente; ahora, *el inquisitivo* va a permitir que la ciencia del derecho se haga más humana y menos divina, se acerque más a los hombres que a los dioses.

Otra característica resulta de la helenización del mundo romano. El Oriente ejercía una evidente preponderancia sobre el Occidente. *La Ciencia del Derecho, que hasta entonces había sido enseñada privadamente, bajo* JUSTINIANO *alcanza carácter público cuando se abren escuelas por iniciativa del Estado.* Las viejas instituciones puramente romanas que no tenían la suficiente vitalidad y ductilidad para plegarse a un mundo extranjero, confuso y heterogéneo, se petrifican, se desmoronan y acaban por desaparecer. Sólo trascienden aquellas formas jurídicas que por su pujante eficacia y su sólido contenido científico logran penetrar por entre los estratos más profundos de la Edad Media para reaparecer en el proceso moderno mistificadas bajo el influjo de la legislación eclesiástica. JUSTINIANO pretendió oponer opresores diques a la helenización de la cultura jurídica ordenando la clausura de las escuelas privadas de **Atenas**, **Cesárea** y **Alejandría**.

Aquel derecho que había surgido como un privilegio de la ciudad de Roma, para bien de la cultura jurídica, se universalizó bajo el influjo del mundo helénico. Como vagas sombras de un pasado. Algunos jurisconsultos como **Cirilo**, **Eudoxio** y **Patricio** pretendían limpiar el moho del ***ius Romanum***. Pero todo fue inútil. El triunfo de las legiones romanas sobre Grecia había sido siempre efímero. **Al final, Grecia terminaba por conquistar a Roma**. *Es la eterna vigencia de los valores espirituales de la cultura.*

Está vigente y perdurable la influencia del sistema extraordinario sobre el proceso moderno que cualquier jurista de nuestra época con su buena dosis de latín vulgar o de griego, hubiera podido ejercer su profesión en **Bizancio** en los tiempos del Bajo Imperio. En especial, *el proceso peruano por la acentuada influencia romano-canónica que imprimió a sus instituciones*, le sorprenderá a la juventud universitaria y a los juristas estudiosos, tal fiel imagen que él tiene en la ***extraordinaria cognitio***[619].

El Derecho Romano, *se ha extendido al continente americano*, a través de las obras codificadoras de ***Andrés Bello***, ***Vélez Sarsfield*** y ***Teixeira de Freitas***, en **Chile**, **Argentina** y **Brasil** respectivamente, asegurando el predominio del Derecho Romano en América Latina, ya que *dichos juristas fueron eximios romanistas*, y porque, en consecuencia, usaron fuentes romanas para crear, adaptar o modificar instituciones y soluciones jurídicas.

En conclusión, podemos afirmar que como piensa FUNES que, "*El derecho de los romanos como la fuente de donde se derivan las leyes civiles de todas las naciones cultas porque sus principios por lo general están tomados de las fuentes más puras de la ley natural y la equidad, aplicables a toda clase de gobiernos*".

9. JUECES

Iudex es la persona legítima, perita en los negocios y controversias, investida de la facultad y potestad de fallar las controversias que se suscitan entre los litigantes[620].

En el procedimiento de las ***Legis Actiones*** y en el ***Procedimiento Formulario***, el ***iudex*** era escogido por las partes de mutuo acuerdo de una lista que figuraba en las tablas blanqueadas (***album iudicium***) y nombrado por el Pretor, para un caso especial o particular, que intervenía en la fase "***In Iudicio***" o "***Apud Iudicen***" en ambos procedimientos es el encargado de averiguar las cuestiones de hecho propuestas por las partes mediante las pruebas y dicta sentencia absolviendo o condenando al demandado.

En un principio, las partes podían escoger ellas mismas en las listas, confeccionadas por el pretor y puestas en el Foro, el juez o el árbitro delante del cual se llevase el asunto, y el magistrado confirmaba esta elección, dando al juez el poder de juzgar, o sea sentenciar con arreglo a la fórmula[621].

---

[619] CUENCA, Humberto; op. cit. pg. 122 a 124.

[620] IGNACIO MORALES, José; *Derecho Romano*, 2da. Edición, Editorial TRILLAS, México, 1989, pg. 274.

[621] PETTT Eugène; op. cit. pg. 616.

En ambos sistemas de procedimiento hay dos clases de jueces:

a) ***Jueces privados designados por las partes***, para conocer un asunto determinado, se distinguen: ***el judex, el arbiter y los recuperatores***, y

b) ***Los jueces que componen los tribunales***, permanentes colegiados, que constituyen jurados: ***los recuperatores, los decenviros, los centunviros y los triunviros.***

9.1. *Jueces Pedáneos*.- *Asesores o consejeros de los pretores, se sentaban en bancos o asientos bajos*; tenían autoridad sólo para conocer las causas leves y de los negocios de poca importancia, no necesitaban sentarse para dar audiencias, solían oír a los litigantes y decidir sus contiendas de plano y en pie[622].

9.2. *El Arbiter*.-Significa "*aquel que interviene conforme a'la equidad*". Podía ser un solo árbitro o varios. Según la **Ley de las XII Tablas** y respecto al deslinde de fundos, podían nombrarse tres árbitros, cuya función tenía relevancia en los casos en que el pretor se apartaba del derecho civil y creaba las llamadas ***acciones arbitrarias*** o ***las de buena fe***, dejado amplia facultad para pronunciar su fallo, según los principios de la equidad (***ex bono et aequo***), ejemplo en la ***actio tutelae.***

En síntesis, *la función común tanto del juez como del árbitro, es la de instruir la prueba, averiguar los hechos y dictar la sentencia*; pero la diferencia estriba en que el árbitro tiene mayores facultades de apreciación que el juez, aquél puede juzgar según su leal saber y entender, pero en todo caso debe estar autorizado para ello.

10. TRIBUNALES COLEGIADOS

Los *tribunales colegiados* que funcionaban como ***jurados*** eran de cuatro especies: ***recuperadores, decenviros, centunviros y triunviros.***

Recuperadores (Recuperatores).- No se conoce exactamente su origen histórico, pero se supone que al principio fueron creados para decidir los conflictos que pudieran suscitarse ***ínter cives et peregrinos*** o ***inter peregrinos***; en el Imperio decidían las cuestiones de orden público, inherentes al Estado, y según **ARANGIO RUIZ** el nombre de ***recuperatores*** se debe a que permitían de una manera general recuperar las cosas al demandante[623].

No constituían tribunales permanentes, sino que eran nombrados en cada caso, para resolver asuntos urgentes, generalmente en número de tres y de cinco algunas veces.

---

[622] IGNACIO MORALES, José, op. cit. pg. 274, 275

[623] CUENCA, Humberto op.cit. pg. 26;
IGNACIO MORALES, José. Op. cit. pg 278.

La sentencia se daba, sin duda alguna, por votación, decidiendo la mayoría de los votos.

a. ***El Tribunal De Los Decemviros (Decemviri).***- Tribunal permanente, compuesto por diez individuos, nombrados anualmente, *conocían las causas de libertad o esclavitud de los ciudadanos.* En la República se les elegía en los comicios por tribus.

b. ***El Tribunal De Los Centunviros.***- Constituía un tribunal permanente, dividido en 4 salas; su número era de 105, a razón de 3 por cada una de las 35 tribus de la comunidad. Los 4 concilia funcionaban en la **Basílica Julia**.

   La competencia de este tribunal parece que no se extendió a otra cosa más que a las causas sobre ***herencias*** es probable la existencia de una ley que le facultaba realizar una inspección sobre los testamentos que iba más allá de la facultad general de ser jurados y que en virtud de esa inspección los centunviros anulasen las posesiones de herencias y las desheredaciones injustas o moralmente reprobables)[624].

   Los centunviros representaban el derecho ***quiritario*** *o derecho civil de los ciudadanos romanos* y tenían por símbolo del poder **la lanza** (***hasta***).

   Refiere **CARLOS AMBROSIONI** [625] que en el ***Libro Primero de Oratore***, **CICERÓN** atribuye a los centunviros competencia sobre las siguientes materias; causas de usucapión, de tutelas, de gentilidad, de agnación, de aluvión, del ***nexum***, de los mancipios, de las servidumbres urbanas de cargar en la pared ajena de luces, de las aguas de lluvia, de los testamentos rotos o ratificados.

   En síntesis tuvieron competencia en asuntos referentes a los derechos reales, al derecho de familia y al de sucesiones.

c. ***El Tribunal De Los Triunviros.***- *Los triunviros en un principio fueron nombrados para inspeccionar las prisiones y para el servicio de policía nocturna*, se les encomendó también el fallo de las causas por hurto y otros delitos análogos que se sentenciaban por el procedimiento civil.

---

[624] MOMMSEN, Teodoro; *Compendio del Derecho Público Romano.* op. cit. pg. 423, 424.

[625] AMBROSIONI, Carlos, op. cit. pg. 171, 172.

Capítulo II
EL PROCEDIMIENTO PENAL PÚBLICO

1. DE LOS DELITOS EN EL DERECHO PENAL ROMANO

1.1. GENERALIDADES

La idea de *coerción ilimitada* constituyó el punto de partida de la concepción jurídica de Roma. *El magistrado, en virtud del derecho de coerción que le compete, juzga y pena, pero pena a su arbitrio*; desde el momento que este arbitrio sufre limitaciones, esto es, desde el momento que se promulgan leyes, la *coercición* se transforma en orden jurídico, y el magistrado sentencia e impone penas, apoyándose en el poder que de tal manera se le confiere. La misma ciudadanía se halla sometida a estas leyes supremas. La ciudadanía tenía facultades para votar la ley, así como también para consentir excepciones a ella en casos particulares; más no podía castigar con pena un hecho que no se hallase prohibido de antemano por una ley general.

El derecho penal comprende las *violaciones de la ley moral*, por una parte, cuando las mismas se dirigen *contra la comunidad*, en cuyo caso *el magistrado procede de oficio y por vía inquisitiva*, correspondiendo en algunos casos la resolución última a la *ciudadanía*; por otra parte *cuando las violaciones dichas dañen a los particulares*, en cuyo caso, para proceder contra los autores de ellas, *es preciso que lo pidan los perjudicados*, y para sentenciarles ha de intervenir el *tribunal del jurado*. *El principio dominante* en ambas categorías de delitos era el de la ***personalidad de la pena***, *supuesto que los procesos de esta clase, tanto públicos como privados, siguen a la persona del culpable y cesan en el momento en que ésta desaparece*, mientras que aquellos otros, que no se refieren a hechos considerados en principio como delitos, se trasmiten a los herederos.

Según el sistema romano más antiguo que nosotros conocemos, singularmente el de las **Doce Tablas**, sólo pueden ser incluidas en el derecho penal verdaderamente tal cuatro clases bien determinadas de delitos, a saber:

1°. ***Perduellio.***

2°. ***Parricidium.***

3°. ***Furtum.***

4°. ***Iniuria***, posteriormente dividida en lesión personal (***iniuria***) y daño en las cosas (***damnum iniuria***).

Hay que advertir que únicamente son permanentes estos delitos en conceptos fundamentales, variando, en cambio, mucho sus designaciones; el **hurto**, por ejemplo, se nos presenta ya como ***furtum***, ya como ***sacrilegium***, ya como ***peculatus***. De las dichas cuatro categorías de delitos en el antiguo derecho penal, las dos primeras pertenecían exclusivamente al derecho penal público, y las otras dos, ora al público, ora al privado[626]. Con respecto a muchas de las acciones punibles mencionadas en las **Doce Tablas**, es lícito dudar si pertenecían a alguna de las categorías en cuestión, y en caso afirmativo, a cuál de ellas; pero ni los vestigios que han llegado hasta nosotros, no las conclusiones retrospectivas que pueden sacarse de las fuentes posteriores, nos autorizan para establecer mayor número de categorías de delitos[627].

El sistema penal romano más antiguo que nosotros tenemos noticia fue esencialmente ampliado en el siglo último de la **República** y en los comienzos del **Principado**, a consecuencia especialmente del abandono en que cayó el procedimiento ante los Comicios, y de la introducción para los asuntos penales del tribunal del jurado bajo la presidencia de un magistrado. Hubieron de ser incluidas en la categoría de los delitos varias relaciones éticas que, antes de esta época, o solamente se consideraban como de carácter patrimonial, o no estaban de ninguna manera comprendidas en la esfera del derecho, y, por lo tanto, no conocían de ellas los tribunales. *La concusión* y *la obtención indebida o por sorpresa de cargos públicos*, las cuales habían permanecido hasta ahora fuera del derecho penal, *vinieron a ocupar* de ahora en adelante, y por largo tiempo, *el lugar preferente* del mismo, por exigirlo así las relaciones políticas nuevamente creadas; *la coacción* y *la falsificación* conservaron el puesto que de poco tiempo antes habían adquirido. **En tiempos del Principado** comenzó el **Estado** a cuidar de la moralidad pública y de las buenas costumbres, en sus manifestaciones exteriores tan solo, es verdad, pero con gran fuerza, , lo que llevó a hacer que figurasen en el número de los *delitos ordinarios* los *atentados al pudor* y el *adulterio*. Por el contrario, el círculo tradicional de los hechos delictuosos

---

[626] El *sacrilegio*, el *peculado*, la *occentatio* y la *desviación de caminos* se sustanciaban por el procedimiento en que intervenían los *Comicios*.

[627] **MOMMSEN**, Teodoro; ***Derecho Penal Romano***, Segunda edición, EDITORIAL TEMIS, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, pg. 329, 330, 332 y 333.

que daban lugar a una acción para ante el tribunal pretorio siguió invariable en su conjunto; sólo hubo una adición esencial, la de la *acción de dolo o fraude*, la cual, sin embargo, como que tenía un *carácter subsidiario*, aun en el derecho penal de los tiempos posteriores ocupaba un *lugar subordinado*.

TEODORO MOMMSEN, clasifica los delitos del derecho penal romano en los once grupos siguientes:

1°. Delitos contra el Estado.

2°. Herejía.

3°. Homicidio y otros delitos semejantes.

4°. Coacción.

5°. Falsificación y astucia.

6°. Delitos sexuales.

7°. Cohecho y concusión de los procuradores y funcionarios públicos.

8°. Apropiaciones indebidas.

9°. Lesiones personales.

10°. Daños en la propiedad.

11°. Abusos de los derechos.

Esta **distribución**, *acomodada a las vicisitudes que integran la evolución del derecho y a la tradición jurídica*, no tiene pretensiones de valor sistemático; aspira a que tanto los jurisconsultos como los historiadores la consideren simplemente como la más orgánica posible desde los puntos de vista lógico e histórico. **La base ética del derecho penal *implica que***, *así como la naturaleza humana es igual, dentro de ciertos límites, en todos los pueblos y en todos los tiempos, también lo son los delitos que los hombres cometen*; y eso es lo que, hasta donde ello es posible, se ha tenido en cuenta al hacer esta partición. Pero, **por otro lado**, *el derecho penal depende*, más aún que de otra cualquiera esfera jurídica, *de la fisonomía individual de cada pueblo y del espíritu dominante en cada época*, todo lo cual ha sido preciso tenerlo en cuenta para hacer la división de los delitos[628].

El derecho penal romano no fue objeto, en su totalidad, de elaboración científica, como tampoco se nos presenta, en general, bajo la forma de un conjunto unitario.

El Código de las Doce Tablas *trataba tanto de los delitos públicos como de los privados*. No se sabe de qué modo tendría sistematizada la unión de unos con otros; sin embargo en cierto modo podemos comprender que no sólo había allí tal siste-

[628] **MOMMSEN**, Teodoro; ***Derecho Penal Romano***, op. cit. pg. 333 a 335.

matización, por cuanto en otro caso tenían que haber llegado huellas de la misma hasta nosotros. Los comentarios exegéticos que explican los diferentes pasajes no se han ocupado, sin duda, del derecho penal como un todo jurídico unitario.

El sistema procesal pretorio, tal y como nos ha sido trasmitido a nosotros, que en lo esencial es la organización que él mismo recibiera en la época republicana, trata, si, de los delitos privados que a ese sistema pasaron del derecho de las **Doce Tablas**, y también de los delitos análogos añadidos por los pretores; pero es un sistema que no comprende tan sólo aquéllos, sino que más bien los coloca en sitios muy diversos.

No otra cosa hicieron los que estudiaron científicamente el derecho civil en la época republicana, y especialmente **Q. Mucio Scaevola**, cónsul en 659-95; pero con posterioridad, a lo que parece, **Masurio Sabino**, en tiempo de Tiberio, volvió a lo antiguo en esto, ofreciéndonos la consabida *reunión del hurto, la injuria y el daño en las cosas*, reunión que luego, desde su libro, tomado como modelo, pasó al compendio de Gayo y a la literatura posterior. Las acciones análogas por razón de la materia, como las derivadas del dolo, tampoco se incorporaron aquí a los antiguos delitos privados.

Hasta mediados del siglo II después de Jesucristo, no encontramos estudios independientes relativos a varias ***quaestiones***. Como el adulterio fue el delito que más ocupación daba a los tribunales, de él es también del que la mayoría de las veces trató la jurisprudencia romana. **Papiniano**, **Ulpiano** y **Paulo** citan monografías consagradas al adulterio. Los «juicios públicos» no fueron, en general, objeto de estudios orgánicos y sintéticos, en cuanto nosotros sepamos, hasta después de ADRIANO, en que trataron de ellos **Venuleyo Saturnino** y **Volusio Meciano**, y más tarde **Ulpiano Paulo, Elio Msrciano Emilio Macer**. Una restitución compendiosa de estos escritos de ***iudiciis publicis*** tenemos que suponer existía en las obras que abarcaban toda la enciclopedia jurídica, así en las destinadas a instruir a los funcionarios públicos, entre las cuales la de **Ulpiano**, ***De officio proconsulis***, trata en sus libros séptimo y octavo de los delitos públicos, como en los compendios generales. **Paulo**, en sus ***Sententiae***, mientras *incluye el adulterio en el libro segundo*, que trata del derecho referente al matrimonio, se ocupa luego en el quinto de los juicios públicos en general, después de haber tratado del derecho fiscal y antes de las apelaciones. En la época del Principado se agregan los llamados delitos extraordinarios. ***Las colecciones de Constituciones imperiales*** de **Teodosio II** y de **Justiniano**, ambas en el libro nono, y los ***digestos justinianeos*** en el 48, también *tratan reunidos los delitos públicos*; pero ahora se incluye entre ellos el *adulterio*[629].

[629] MOMMSEN, Teodoro; ***Derecho Penal Romano***, op. cit. pg. 338 y 339.

1.2. EL DELITO CONTRA EL ESTADO

El *delito cometido contra la comunidad*, lo que en nuestra terminología se denomina *delito contra el Estado*, tenía en el lenguaje jurídico de los romanos una doble manea de designarlo: ***perduellio*** y ***crimen maiestatis imminutae***, llamándosele más tarde ***crimen maiestatis*** o simplemente ***maiestas***.

Perduellis o ***perduellio*** era el «*mal guerrero*»; y como toda guerra sostenida por los romanos era justa, ***perduellis*** era sencillamente el enemigo de la patria. Desde el punto de vista penal, el nombre abstracto ***perduellio*** significa, pues, el acto de hostilidad a la patria, siendo probable que en el *respecto militar* se aplicara, ante todo, a la *deserción*. Cuando la voz ***hostis*** perdió su originario significado, vino a ser sinónimo de ***perduellis***, usándose prudentemente esta última para designa al enemigo interno de la patria, y la ***hostis*** para el enemigo exterior, pero sin que esto impidiera el empleo de una u otra expresión indistintamente.

Maiestas, designaba el *puesto supremo*, el *orden superior que los súbditos habían de tratar con respeto* y miramientos; no era la fuerza más poderosa, sino el *objeto de mayor reverencia*. **En el procedimiento penal** *hubo de introducirse este concepto*, sin duda *a consecuencia de la posición adquirida por los presidentes de la plebe*, o sea por los jefes de la agrupación formada por los ciudadanos no nobles; pues tales presidentes no pertenecían al orden de los magistrados de la comunidad romana, pero estaban equiparados a ellos. Las violaciones del derecho fundamental de los plebeyos, las *ofensas inferidas al jefe de la plebe*, no podían ser incluidas en el concepto de la **perduelión**, ni llevar este nombre en tanto que el plebiscito no adquirió la consideración de ***lex publica***, y los tribunos plebeyos la de magistrados; pero la plebe reclamaba para su Constitución y sus directores la misma consideración y el mismo rango que por ley correspondía a la comunidad y a sus funcionarios; para designar las violaciones y ofensas contra aquellos, se empezó a hacer uso, ante todo, de la frase «*aminoración de la majestad tribunicia*». Cuando luego los tribunos del pueblo, de directores de la plebe pasaron a ser realmente magistrados de la comunidad, la fórmula antedicha continuó subsistiendo; pero su significado ahora ya era más amplio, puesto que por ella quedaron sometidos a la amenaza penal correspondiente, en concepto de ofensa a la ***maiestas populi Romani***, no sólo los atentados contra el derecho de los plebeyos, sino también toda falta de respeto a la reverencia de la comunidad romana. En las fuentes no encontramos una definición exacta o muy aproximada del concepto de que se trata. El ***crimen maiestatis populi Romani imminutae*** no aparece como distinto de la ***perduellio*** sino en cuanto, si todo acto de hostilidad a la patria era un *delito de lesa majestad*, en cambio, no todo delito de lesa majestad podía propiamente ser denominado acto de hostilidad a la patria. El delito de lesa majestad incluía dentro de sí a la *perduelión*, pero su concepto era bastante más amplio que

el de este último; y cuando no implicara *perduelión*, era posible aplicarle un procedimiento penal diferente que esta última, y aplicarle una pena menor.

En la época antigua la *perduelión* tenía, ante todo y sobre todo, una significación adjetiva o procesal, además de la sustantiva, y en los tiempos posteriores no era tampoco otra cosa la ***perduelión*** más que el conjunto de aquellas acciones penales que podían sustanciarse ante el tribunal patricio de los ***duumviros***, y también ante el plebeyo de los tribunos del pueblo.

Los diferentes caos particulares de delitos contra el Estado tenemos los siguientes grupos:

1. Tratos punibles con el enemigo.
2. Atentados a la Constitución.
3. Violación de las obligaciones de los magistrados y de los sacerdotes.
4. Violación de las obligaciones políticas de los ciudadanos.
5. Violación de las obligaciones religiosas de los ciudadanos.
6. Ofensas personales a los funcionarios de la comunidad[630].

1.3. EL HOMICIDIO Y DELITOS ANÁLOGOS

La lengua latina para indicar la muerte dolosa, empleó la voz ***parricidium***, la cual por su parte sólo es aplicable a tiempos antiguos. Atendiendo a su probable etimología, y teniendo en cuenta también el uso que se hacía seguramente de ella en lengua antigua, podemos decir que la palabra ***parricidium***, como correlativa a la guerra dolosa, a la ***perduellio***, designaba el homicidio malicioso, el asesinato a la manera violenta. Ya en los últimos tiempos de la **República**, *se había limitado el uso de esta palabra al asesinato de los parientes.*

Y desde el instante que de este modo vino a restringirse el significado de la voz ***parricidium***, se produjo en el lenguaje una laguna, faltando la palabra para designar relaciones que antes eran llamadas parricidios. En el latín clásico no existe una expresión simple para representar el *homicidio*; la voz ***homicidium***, muerte de hombre, voz nueva y no muy felizmente formada, sólo se empezó a emplear en época posterior. En vista de semejante vacío, en la lengua jurídica clásica se acudió para designar el homicidio a las palabras auxiliares de *bandido* o *sicario* (***sicarius***) y de *envenenador* (***veneficus***).

No poseemos documento alguno que nos acredite los comienzos de la legislación sobre el homicidio entre los romanos. Es de suponer que el procedimiento penal público se aplicase en sus comienzos únicamente a la defensa de la comu-

[630] **MOMMSEN**, Teodoro; ***Derecho Penal Romano***, op. cit. pg. 341, 342 y 347.

nidad cuando ésta veía atacada su existencia, o sea a la *perduelión*, y que en esta época se dejara encomendado a los parientes del muerto el derecho de ejercer contra el matador la pena de muerte, o más bien la venganza de sangre, acaso en virtud de la autorización expresa concedida por el tribunal, de la comunidad, del propio modo que, según las **Doce Tablas**, a los que sufrían lesiones corporales se les concedía el derecho de ejercer el ***talión***.

Que en el derecho penal romano que nosotros conocemos se castigaba el homicidio como un crimen dirigido contra la comunidad como tal, es cosa que no puede ofrecer ninguna duda. Si bien es verdad que los elementos en que esta concepción se nos presenta más a lo vivo, a saber: la consideración del *homicidio de los esclavos* como algo más que como un simple daño causado en la propiedad, y la *represión punitiva de los que prestan auxilia a los suicidas* para ejecutar sus designios, son elementos que pertenecen a momentos posteriores de la evolución jurídica, también lo es que todos los datos tradicionales que poseemos, así en las disposiciones legales y en los principios jurídicos como en las poquísimas causas por homicidio que conocemos de aquellas en que intervenían los Comicios, nos demuestran que el delito en cuestión era en algún tiempo perseguido inquisitorialmente por el magistrado, y que los parientes del muerto no tenían intervención en el proceso. Es probable que la introducción de las causas por homicidio en el procedimiento penal sustanciado por el magistrado fuese un acontecimiento relacionado con la instauración de la *cuestura*.

Sin duda alguna, los cuestores son más antiguos que las Doce Tablas, las cuales hacen mención de las funciones criminales de los mismos. La denominación que recibían indica ya por sí sola que a los ***quaestores parricidii*** se les encomendaba en un principio el conocimiento de los delitos de homicidio para los cuales fueron creados; pero ya queda dicho que su competencia no se limitaba a esto, sino que, aparte de la *perduelión*, todo proceso capital sustanciado por el magistrado necesitaba el auxilio del cuestor: pues correspondiendo la resolución definitiva de semejantes causas a los Comicios, y no pudiendo, por consiguiente, dar esta resolución a los depositarios del ***imperium***, era preciso que tales causas se llevaran ante la ciudadanía, y de esto se hallaban encargados los cuestores.

Una vez que se introdujo el *juicio por jurados* bajo la presidencia del magistrado, tardaron poco a ser sometidas a este procedimiento las causas de homicidios, que probablemente eran las más frecuentes de todas las causas criminales de los antiguos tiempos. El homicidio pasó al tribunal del jurado quizá ya antes del año 612-142, pero seguramente en la época anterior a Sila. El homicidio de los parientes tuvo que quedar reservado en un principio al conocimiento de los Comicios, por cuanto todavía hacia el año 650-104 se llevaba dicho delito ante el tribunal; pero inmediatamente después, ya antes del mando de Sila, empezó a

encomendárseles a los jurados. La ley dada por Sila contra los sicarios y los envenenadores, ley que probablemente fue una ley de ocasión en cierto sentido, quedó siendo la regla dominante en los tiempos posteriores. La Ley Pompeya sobre el homicidio de los parientes no introdujo más variación esencial que la relativa a la pena[631].

El derecho de la guerra autorizaba a los soldados para matar al enemigo, el cual estaba siempre fuera del derecho, y por eso se le podía dar muerte aunque no llevara armas ni luchase, lo mismo dentro que fuera del territorio romano, ya que *estas muertes no podían ser incluidas en la categoría de los homicidios*. Al derecho penal no le corresponde resolver la cuestión relativa a saber hasta qué punto pudiera surgir de aquí un obstáculo contra la disciplina general del ejército o contra el mando militar especial.

La afirmación del propósito de matar -el propósito de herir no podía ser considerado como homicidio- era suficiente para que existiera el hecho punible, aun en el caso de que no se consiguiera el fin perseguido, y hasta si los medios de que se hubiese hecho uso no fueran idóneos para el logro de dicho fin. La frustración del intento criminal fue en los tiempos posteriores considerada como causa de aminoración de la pena. Los actos preparatorios fueron frecuentemente considerados como punibles por la ley en los casos de delitos cometidos por sicarios y envenenadores.

A los delincuentes y *cooperadores* para el delito se les trataba con rigor; no solamente se equiparaban a los autores aquellos que hubieran servido de instigadores, sino también todos cuantos hubiesen prestado auxilio para la realización del hecho, y aún después de ejecutado éste.

La competencia del alto tribunal del homicidio era mucho más extensa que de las restantes ***quaestiones***. Para el desarrollo de la doctrina tocante a los elementos constitutivos del delito de homicidio, se distinguen seis categorías:

1°. Asesinato violento y salteamiento.

2°. Abuso del procedimiento capital.

3°. Envenenamiento y delitos afines.

4°. Homicidio por hechizo y magia.

5°. Homicidio de parientes.

6°. Incendio intencionado y delitos cometidos en un naufragio[632].

---

[631] **MOMMSEN**, Teodoro; ***Derecho Penal Romano***, op. cit. pg.388 a 390.

[632] **MOMMSEN**, Teodoro; idem, op. cit. pg. 397 y 398.

1.4. FALSEDADES Y ESTAFAS

Aquí nos referimos a hechos punibles, que por su condición ética, se trataban como delitos independientes, ya en el procedimiento público ya en el privado, y por virtud de la ley penal unas veces, y otras en virtud de resolución del tribunal; pero que, sin embargo, no se casteaban como delitos de coacción, ni con arreglo a una ley penal privativa. En el antiguo derecho penal, parece que solamente se tuvieron en consideración algunos hechos concretos de esta especie. Contra una serie de ellos se dirigía la ley sobre los testamentos y la moneda, dada por Sila. La jurisprudencia de los tiempos posteriores agrupó bajo la palabra ***falsum***, que en el moderno lenguaje traducimos por *falsificación*, la serie de hechos a que nos referimos, ampliándola con frecuencia. Dicha palabra, que por su derivación etimológica (***de fallare***) significa, *fraude*, y según el uso común del lenguaje quiere decir *engaño intencionado de palabra o de obra*, podía aplicarse a los más importantes hechos delictuosos conminados en aquella ley y en sus ampliaciones.

La misma incertidumbre, y aún más acentuada todavía, se observa en el derecho penal privado. La acción para perseguir la estafa como delito privado no tenía lugar sino en el caso de que concurriera en el hecho un elemento ético que al magistrado director del tribunal le pareciera que requería ser tratado penalmente, no siéndole además posible a la víctima buscar que se hiciera justicia por otra vía.

1. La Ley de las Doce Tablas

El orden jurídico de los primeros tiempos de la República no se propuso, en general, someter a penas el vasto campo de la falsificación y del fraude; por el contrario durante algunos siglos, ninguna otra clase de auxilio jurídico se prestaba a las personas víctimas de estos hechos, más que las acciones civiles, sin tinte alguno penal, que en ciertos casos pudieron corresponderles. Pero, del propio modo que en el horizonte de las injurias privadas castigaron las Doce Tablas una caso grave con pena de muerte, así encontramos tres casos de fraude delictuoso, que, por el peligro común que envolvían, eran también castigados capitalmente, y son: el falso testimonio, el cohecho en el juicio por jurados y la compra de votos en las elecciones. *Estas causas capitales correspondía seguramente al procedimiento privado.* No procedía contra los reos el magistrado, sino que era el mismo ciudadano lesionado quien tenía que presentar la demanda ante el pretor, lo mismo que si se tratara de un caso de hurto; no era la ciudadanía la llamada a sentenciar el asunto, sino los jurados; la ejecución del fallo no competía al magistrado, sino al demandante vencedor.

2. Falsificación de Testamentos y de Moneda y otros Delitos Análogos

Como es de presumir que la ley dada por Sila contra los sicarios y envenenadores fuese provocada con frecuencia con que se cometían tales delitos en

aquellos agitados y desenfrenados tiempos, es también probable que las mismas causas determinaron la publicación de la otra *ley cornelia* contra las injusticias que se cometían en la materia de testamentos y del comercio monetario, es decir la publicación de la ***lex Cornelia testamentaria nummaria***, que solía denominarse simplemente ***lex Cornelia testamentaria***, y que después se llamó ***lex Cornelia de falsis***. Esta ley continuó vigente aún en las épocas posteriores, y lo único que se hizo ampliar por medio de disposiciones concretas el número de casos comprendidos en la misma.

Estos delitos sólo eran perseguibles, por lo regular, cuando hubieran sido consumados; la ley Cornelia no castigaba los actos preparatorios.

A continuación presentamos grupos de los actos conminados con penas, ora por la ley Cornelia misma, ora por sus ampliaciones.

I. Delitos de falsificación de testamentos y de documentos

1°. Anulación antijurídica de un acto de última voluntad.

2°. Suscribir un acto falso de última voluntad o tratar a sabiendas de darle validez.

3°. Del mismo modo que el que firmaba un testamento falso, se trataba al que lo sellaba y también al que rompiera o destruyera los sellos de uno legítimo.

4°. *Un senadoconsulto de los primeros tiempos del Imperio* hizo extensivas las disposiciones de la *ley Cornelia* relativa al testamento, a los que borraran o destruyeran algún documento legítimo o suscribieran alguno falso, y también a las personas que sirviesen de falsos testigos en dichos actos. Lo cual era aplicable a toda clase de documentos, así públicos como privados, y con especialidad a la presentación de órdenes o decretos de las autoridades, falsificados. Sin embargo esta especie de falsificación se castigaba menos severamente que la de los testamentos.

II. Delitos de falsificación de metales preciosos y de moneda

Las primeras disposiciones especiales relativas a las deslealtades cometidas en un punto al comercio de la moneda, fueron publicadas en la época de Mario y a causa de los embrollos monetarios que a la sazón tuvieron lugar. La *ley Cornelia* y las posteriores disposiciones comprenden los siguientes casos:

1°. Aceptar y suscribir como de ley en el mercado de metales preciosos en rama alguna cantidad de ellos que tuviese menos valor del que la ley de aleación exige, y también ejecutar cualquier otra manipulación análoga con dichos metales preciosos.

2°. Disminuir el valor de la moneda de curso corriente en el país, recortándola o realizando alguna otra manipulación análoga.
3°. Falsificar o fabricar privadamente monedas que imitaran a las legítimas, aun cuando las imitadas tuviesen el mismo valor que estas últimas.
4°. Expender a sabiendas moneda falsa.
5°. Negarse a sabiendas a recibir moneda legítima del Reino.

III. Delitos procesales y delitos cometidos por los abogados

1°. Pronunciar un fallo, a sabiendas de que se infringía una ley clara.
2°. Proponer al juez que aceptase dádivas o aceptarlas este para dar o no dar un determinado fallo.
3°. Proponer a una persona que aceptase dádivas o aceptarlas a ella para influir sobre el juez a fin de que diera o dejara de dar un determinado fallo.
4°. Proponer a una persona que aceptase dádivas o aceptarlas ella para decidirse a interponer o dejar de interponer una acusación criminal, o para prestar o dejar de prestar testimonio en la correspondiente causa.
5°. Corromper a un testigo mediante dádivas o aceptarlas este para resolverse a prestar una declaración falsa o dejar de prestar una verdadera. Más tarde, el hecho de prestar un testimonio falso de mala fe quedó sometido simplemente a la ley cornelia.
6°. Entrar en inteligencia para lograr la condena de un inocente.
7°. Entregar el representante de una parte en un proceso, a la parte contraria, los documentos que se le hubiera conferido.
8°. Venir a una transacción con el actor en cualquier causa por adulterio o en cualquier otro caso criminal no capital.
9°. Devolver a una sola de las partes los documentos que de común acuerdo hubieran sido depositados por ambas.

IV. Falsificación del parentesco o de la condición de persona

1°. Suposición de infante, en cuyo delito se limitaba, por excepción, el derecho de interponer la acción a las personas directamente interesadas; además, no estaba admitida la prescripción.
2°. Alegación de falsas relaciones de parentesco, a fin de enriquecerse legalmente.
3°. Alegación falsa de ocupar determinado cargo o pertenecer a determinado rango social.

V. Falsos pesos y medidas

Si en la época republicana se amenazaba a los magistrados o a los comisionados de la comunidad que establecieran pesos y medidas falsos con la acción de multas, que podían elevarse hasta la mitad del patrimonio y que imponían los Comicios, una disposición de Trajano sometió a semejante delito al imperio de la ley Cornelia. La misma pena correspondía al que falsificaba los pesos y medidas públicamente establecidos. No se hacía extensiva la acción penal al que se limitara a usar de las medidas o pesos falsos.

3. Cohecho Procesal

El cohecho o corrupción procesal, llamado calumnia, era un delito privado cuyo conocimiento correspondía al pretor. Entendíase por cohecho la percepción de dinero o de cosa que lo valiera, a cambio de la promesa de entablar un proceso público o privado o fiscal en contra de alguien, o a cambio de la promesa de influir para que uno ya entablado viniera a favorecer a determinada persona. El perjudicado de esta suerte era el que ejercía la acción de calumnia contar el que había sido corrompido, que era el demandado. También se cometía cohecho cuando se recibía dinero o cosa equivalente a cambio de la promesa de desistir de entablar cualquier proceso de las clases dichas, y entonces era demandante el que compraba el silencio y demandado el corrompido.. El hecho de que también hubiera cometido un acto reprensible el comprador y corruptor no era obstáculo para que la acción fuese ejercida. El cohecho era considerado igual que el hurto grave, y castigado, por tanto, con el cuádruplo de indemnización; pero, lo mismo que sucedía con todos los demás delitos pretorios, pasado un año sólo había que pagar un tanto[633].

1.5. DELITOS SEXUALES[634].

Trataremos brevemente de los diferentes delitos sexuales, a saber:

1°. Unión entre parientes (incesto) e impedimentos matrimoniales.

2°. Ofensa al pudor de la mujer (***adulterium***, ***stuprum***).

3°. Rufianismo (***lenocinium***).

4°. Matrimonio deshonroso.

5°. Bigamia.

6°. Rapto.

7°. Pederastia.

---

[633] MOMMSEN, Teodoro; ***Derecho Penal Romano***, op. cit. pg. 418 a 424.

[634] MOMMSEN, Teodoro; ***Derecho Penal Romano***, op. cit. pg.427 al 440.

1.- Unión entre parientes (incesto) e impedimentos matrimoniales

El sistema *sacral* o *religioso* incluyó en el concepto religioso de «*impureza*» (***incestus***), la comunión sexual de aquellas personas que no podían celebrar matrimonio por causa de las relaciones de parentesco existentes entre ellas. Conforme con esta concepción, el derecho civil, hasta la época de la primera guerra púnica, se negó a reconocer el derecho de contraer matrimonio a los parientes que se hallaban dentro del grado establecido por la ley, o sea dentro del sexto grado, no obstante haberse reconocido desde bien temprano la igualdad de derechos hereditarios de la hembra y el varón, y no obstante la tendencia a conservar indiviso el patrimonio de las familias. Después durante el largo periodo de tiempo, el límite para celebrar dicho matrimonio era el cuarto grado de parentesco; posteriormente se dejó entregado el asunto en todo caso a la libertad de los individuos, y así siguieron las cosas durante la época republicana.

En el derecho penal exacerbado de la época del Imperio, volvió a considerarse como hecho punible el comercio sexual entre parientes, habiéndose no sólo precisado, sino también ampliado el correspondiente concepto.

Estaba considerado como punible el comercio carnal en los siguientes casos:

1°. *Entre los ascendientes y descendientes.* Extendíase la prohibición a los ascendientes y descendientes adoptivos, aún en el caso de que el vínculo de adopción hubiera quedado roto por haber sido emancipado el adoptado.

2°. *Entre los hermanos y hermanas.* También se hizo extensiva esta prohibición, de un lado a los hermanos adoptivos, entre los cuales cesaba, no obstante el impedimento matrimonial desde el instante en que la adopción quedaba disuelta por emancipación, y de otro lado a los libertos, quienes no podían unirse con sus hermanas consanguíneas, nacidas como ellos mientras estaban en esclavitud.

3°. *La mujer no se podía unir con el hermano de su padre o de su madre, ni tampoco con el hermano de un ascendiente más lejano*, fuese del grado que quisiera, porque el hermano de los padres y el hermano de los abuelos ocupan el lugar de padres. En tiempo del **Emperador Claudio** *se hizo legalmente libre el matrimonio de la sobrina con el hermano del padre*, no con el de la madre; más **Constantino II** restableció la antigua prohibición.

4°. *Tampoco se podía unir el varón con la hermana de su padre o de su madre, ni con la hermana de in ascendiente más lejano*, porque ocupaban el lugar de la madre.

5°. El matrimonio entre los hijos de hermanos fue prohibido por el Emperador Teodosio I; pero esta prohibición fue luego abolida y no pasó al derecho justinianeo.

6°. *La relación de parentesco entre suegro y nuera, entre yerno y suegra y entre padrastros e hijastros*, por lo mismo que es producida por el matrimonio y que se asemeja a la existente entre padres e hijos, se convierte, mientras subsiste el matrimonio, de donde ella se deriva, en circunstancia agravante de relaciones sexuales; porque añade el incesto al adulterio, y aún después de disuelto el matrimonio esas relaciones siguen siendo incestuosas.

7°. *La relación de parentesco que el matrimonio produce entre un cónyuge y los hermanos del otro*, y que se asemeja a la existente entre los hermanos consanguíneos, fue considerada también como impedimento del matrimonio por **Constantino II**, conminando con pena a los que no la respetaran.

8°. El matrimonio entre el tutor y su pupila estaba declarado nulo, castigándose por lo regular a aquél con la pena señalada para los adúlteros.

9°. También estaba prohibido el matrimonio del gobernador de una provincia o de alguno de los suyos con mujer de la misma provincia.

10°. De la prohibición general del matrimonio que se imponía a la mujer condenada como adúltera.

11°. De la prohibición del matrimonio entre cristianos y judíos.

12°. Mientras que la unión sexual entre libres y esclavos no era considerada punible antes de Constantino, este emperador incluyó entre los delitos capitales el de que una mujer libre hiciera vida común con su propio esclavo.

2. Ofensas al pudor de la mujer (adulterium, stuprum)

La mujer libre romana estaba moralmente obligada a no tener contacto sexual con nadie, antes del matrimonio, y a no tenerlo, durante éste, más que con su marido. Por el contrario, el hombre solamente se hallaba sometido a esta prescripción moral hasta cierto punto, a saber: en cuanto no debía causar ofensa a la honestidad de las doncellas ni de las esposas de otros hombres. La observancia de esta doble obligación moral correspondía garantirla, según el sistema romano, al derecho penal doméstico, el tribunal doméstico podía llegar en los casos de que se trata hasta imponer la pena más grave, o sea la de muerte. Pero si el tribunal doméstico tenía por su propia índole facultades para castigar a toda mujer romana que faltara a la castidad, en cambio al varón cómplice del correspondiente delito solamente se le podía exigir responsabilidad cuando estuviera sometido

a la potestad de su padre, y sólo podía pedírsela su propio tribunal doméstico. El más elevado tribunal doméstico del Estado, el ***colegium*** de los pontífices, era competente para castigar tanto a las hijas de familia de la comunidad, o sea a las vestales, como a sus amantes.

Como la *punición doméstica* no pertenecía al número de las instituciones del Estado, el derecho público no tenía por qué preocuparse de su se ejercía o dejaba de ejercerse.

El derecho matrimonial romano que conocemos, y el que existía ya, sin duda alguna, en los últimos siglos de la **República**, dejaba a los cónyuges en libertad para separarse, sin exigir ningún motivo legal al efecto.

No obstante que en el *siglo último de la República* se estableció legalmente un *nuevo sistema criminal, este sistema no incluyó como delitos las ofensas a la honestidad*. Sin embargo, a la legislación relativa al matrimonio, publicada por **Augusto** en el año 736-18, pertenece la *ley julia sobre el adulterio*, la cual sometió al procedimiento acusatorio y a pena de carácter criminal, no civil, las ofensas a la castidad, constituyendo esta innovación penal una de las más intensas y más duraderas que la historia conoce. La ley julia sobre el adulterio siguió siendo la reguladora de este delito hasta los tiempos más adelantados.

El derecho no se hacía cargo de las ofensas al pudor sino con respecto a las mujeres libres obligadas a guardar castidad (***matronae, matres familias***); extendiéndose sin embargo, sus preceptos también a los varones que cometieran el delito juntamente con dichas mujeres. No caían bajo la acción de la ley las mujeres esclavas, ni tampoco aquellas otras, casadas o no, cuya condición social no les obligaba a ser castas, a saber: las mujeres públicas, mientras continuaran ejerciendo su oficio, las dueñas de burdeles, las comediantas, las dueñas de locales públicos y las mujeres que vivieran en concubinato indecente. Más el mero hecho de llevar vida disoluta no libraba a las romanas libres de las consecuencias penales que la ley atribuía a los delitos contra la honestidad; tampoco se libraba de ellas el amante, salvo el caso de que hubiera podido engañarse en cuanto a la condición social o al género de vida de la mujer. La condición social y el género de vida del hombre culpable no se tomaba en cuenta para calificar el delito; la mujer libre podía faltar legalmente a la castidad, aún yaciendo con su esclavo.

Por consecuencia de lo dicho, las mujeres a quienes podía serles aplicada la ley julia sobre el adulterio, no se les permitía más comercio sexual que el autorizado por el matrimonio o por otra forma de unión equiparada a éste. En el concepto romano del matrimonio se comprendía, para los efectos penales, no tan sólo la unión matrimonial verificada con arreglo al derecho (***iustae nuptiae***), ya fuese celebrada por romanos, ya por extranjeros, sino también toda forma de vida

común matrimonial, siempre que tuviera carácter monogámico, y aún cuando no se hallara sancionada por el matrimonio legítimo. Y por matrimonio legítimo entendían los romanos el que tenía por base la comunión matrimonial (***connubium***) de ambos contrayentes, reconocida por el Estado, y que además producía efectos jurídicos, especialmente la trasmisión del derecho personal del padre a los hijos engendrados dentro del matrimonio, de manera que si el padre era romano, sus hijos legítimos quedaban sometidos a la patria potestad. Pero tampoco era un acto punible el ***matrimonium iniustum***, es decir, aquella unión sexual análoga en todo el resto a la del matrimonio legítimo, verificada entre personas que no tenían ***connubium*** entre sí, y cuyos hijos, por consiguiente, seguían la condición de la madre. Tampoco eran castigados por la ley de Augusto sobre el matrimonio aquellas uniones sexuales que, a pesar de la igualdad del derecho civil de los contrayentes, no producían los efectos jurídicos del matrimonio, bien porque mediara algún impedimento legal para la celebración de éste último, bien porque así lo hubieran acordado las partes; esta forma de unión era la que llamaban los romanos *concubinato*, el cual fue reconocido como forma legítima de unión sexual por la legislación sobre el matrimonio dada por Augusto.

Toda unión sexual no consentida conforme a las reglas anteriores caían dentro de los límites de la ley penal. Castigaba ésta el *comercio carnal con mujer no casada*, es decir, el ***stuprum*** en sentido estricto, y también el comercio carnal de la mujer casada con otro hombre que no fuera su marido, o sea el ***adulterium***.

3. Rifianismo (Lenocinium)

Bajo esta denominación, que la *ley de Augusto sobre el adulterio* atribuía al más repugnante de los hechos concretos de que la misma trataba, agrupamos *un conjunto de actos encaminados a facilitar la comisión del estupro y del adulterio*, a los cuales pueden ser considerados como auxiliares o concomitantes de estos delitos, son los siguientes:

1°. El percibir uno de los esposos alguna recompensa por los agravios al pudor ejecutados por otro.

2°. El ceder la propia morada para que en ella pudieran realizar sus uniones carnales otras personas, comprendiendo entre esas uniones la pederastia.

3°. El dejar libre un marido al adulterio cogido ***infraganti***, el no pedir el divorcio.

4°. El aceptar o facilitar la aceptación de una suma de dinero, a cambio de no promover o de desistir de la acusación de adulterio.

5°. El transigir sobre una querella de adulterio ya interpuesta y retirada.

6°. Contraer matrimonio con una mujer antes condenada por causa de adulterio o de estupro.

4. *Matrimonio deshonroso*

La legislación de Augusto sobre el matrimonio prescribió que, en el caso de que a sabiendas un ciudadano romano contrajese uno de los matrimonios tenidos por deshonrosos, ora porque la mujer estuviese desposeída de los derechos honoríficos, ora porque un senador se casara con una liberta, ambos cónyuges quedaban privados de testamentifacción. Constantino I agravó repetidamente esta prohibición con respecto a las personas de cierto rango, aun de las que habitaran en los municipios. Por lo menos en tiempos posteriores, el matrimonio que se celebrara contraviniendo a la referida prohibición era considerado nulo.

5. *Bigamia*

Como el matrimonio fue en Roma en todos los tiempos, a partir de los más antiguos, monogámico, claro está que mientras un matrimonio subsistiera, ninguno de los cónyuges podía contraer otro, y todo acto ejecutado contraviniendo a esta prohibición estaba desprovisto de validez jurídica; sin embargo, aun cuando la tentativa de bigamia la hubiera llevado a cabo quien supiera hallarse ligado por un matrimonio que no estaba disuelto, este acto, ni según el derecho de la República ni según el de los primeros tiempos del Imperio, era punible, por cuanto no entraba en el concepto del adulterio. **Diocleciano** fue el primero que consideró como delito independiente y que conminó con una pena la bigamia, sobre todo, a lo que parece con el fin de abolir la poligamia en que vivían muchos de los súbditos del Imperio, autorizada por el derecho municipal de sus respectivas localidades. Esta disposición dejó al arbitrio de los juzgadores la pena que habían de imponer.

6. *Rapto*

Cuando el rapto de una persona, fuera del sexo que quisiera, no hubiese de ser castigado como una de las modalidades de la coacción, el padre y el marido de la persona raptada podían perseguirlo por medio de la acción de injuria, a cuasa de la que a ellos personalmente se les había causado de este modo; no obstante, en los tiempos anteriores a **Constantino**, el rapto no estaba considerado ni castigado como delito público. Este Emperador fue el primero que introdujo en el derecho penal, como delito independiente, el rapto de una mujer libre, casada o soltera, con propósitos de comercio carnal, bien fuese para contraer con ella matrimonio, bien no. No había delito cuando hubieran consentido el rapto los padres o los demás parientes de la raptada, y era, por lo tanto, elemento esencial de este delito en que la raptada hubiera caído en poder del raptor contra la voluntad de dichas

personas. El que ella misma hubiera o no consentido en el rapto era cosa indiferente para determinar la culpabilidad del raptor; a la raptada que hubiese consentido en el rapto se le castigaba lo mismo que a su raptor. En la época cristiana quedó también equiparado al anterior rapto de una doncella o de una viuda que hubieran hecho voto de castidad, ejecutado contra la voluntad de ellas, y no tardó en equiparársele asimismo el de tales mujeres llevado a cabo contra la voluntad de los superiores espirituales. La pena correspondiente era la capital, exacerbada, y, en general, a los autores de este delito se les aplicaba todo especie de rigores; sin embargo, la acción para perseguirlo prescribía pasados cinco años.

7. Pederastia

En la época republicana se castigaban acaso con mayor rigor los ab usos sexuales con personas del sexo masculino que las inmoralidades del mismo género cometidas con mujeres. Es evidente que la punición doméstica era aplicable, a la vez que en otros casos, al de que ahora se trata; lo es asimismo que se podían ejercer contra los autores de tales hechos la *acción pública de coacción* y la *acción privada de injuria*, en caso de concurrir las condiciones necesarias para el ejercicio de las mismas. En los últimos tiempos de la República y primeros del Imperio la pederastia se castigaba, análogamente al robo de hombres, con una multa de 10.000 sestercios, en virtud de una ley Scantinia de fecha indeterminada; dicha pena se hacía recaer ante todo, sobre el que hubiera abusado de un hombre libre para fines deshonestos, pero quizá también se imponía al que había consentido que de tal modo abusaran de él.

Los pujos de m oralidad de los tiempos posteriores tuvieron también aquí su bárbara expresión. *La pederastia consumada se castigaba imponiendo al pederasta activo la pena de muerte*, y al pasivo la confiscación de la mitad de sus bienes. **Constantino** mandó que también este último quedara sometido a la *pena de muerte.*

1.6. ACEPTACIÓN DE DÁDIVAS Y EXTORSIONES EJECUTADAS POR AGENTES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La causa general de toda esta serie de disposiciones penales estaba en las oscilaciones políticas relativas a la posesión de los puestos de jurado que en tales leyes especiales se creaban, y también en que durante el siglo último de la República fueron cada vez mayores la frecuencia y la gravedad de las extorsiones cometidas por los funcionarios. Evidentemente, las leyes dadas no sirvieron de gran cosa. Con la instauración del Imperio, con el robustecimiento del poder central y la fuerte vigilancia suprema que en esta época se ejerciera, hubieron de contenerse en cierto modo los abusos que antes se venían cometiendo. Mientras en los tiempos de la **República** la única acción que se ejercía contra los funcionarios que cometían *cohecho* era en lo esencial la de pedir la devolución de lo entregado, esto es, la de ***repetere***, en cambio la **legislación imperial**, seriamente aplicada, hizo

que el procedimiento empleado en estos casos fuera un procedimiento criminal propiamente, el cual dio más tarde origen al procedimiento por *concusión*.

De la acción de ***repetundis*** en forma de ***quaestio*** no se podía hacer uso sino contra determinadas personas. Podía examinarse antes de nada en el juicio, como cuestión previa, si se concedía o no autorización para interponer dicha acción. Se podía acusar de este modo a las siguientes personas:

1°. *Al magistrado de la comunidad romana elegido en elección popular, o a aquel otro que se equiparase al elegido por el pueblo*, incluso al tribuno de una legión que tuviese carácter de magistrado, los cuáles hubiesen recibido regalos o gratificaciones mientras ejercieran sus *funciones de magistrados o de promagistrados*.

2°. A los senadores romanos que desempeñasen funciones públicas, ora como auxiliares de los magistrados, ora votando en el Senado, ora ejerciendo el cargo de jurados, y acaso también interviniendo como acusadores en el procedimiento público o funcionando en concepto de procuradores, siempre que durante el desempeño de las dichas funciones hubieran recibido dinero de algún ciudadano.

3°. A los hijos de las personas mencionadas, por las dádivas o el dinero que recibiesen mientras sus padres estuvieran ejerciendo sus funciones. Las esposas de los presidentes de las provincias no podían ser perseguidas judicialmente por las dádivas que recibiesen; pero según el derecho de tiempos posteriores, se hacía responsables en tales casos al marido.

4°. Es posible que, con arreglo a la ley julia, pudiera acusarse por el delito de que se trata a toda persona en general que sin ser funcionario del Estado hubiese ejercido funciones públicas o equivalentes a éstas.

El orden jurídico de la República no pasó de aquí; especialmente las personas del orden de los caballeros no podían ser sometidos a la ***quaestio repetundarum***, aun en el caso de que funcionaran como séquito de los magistrados o como jurados.

Los estrechos límites, en que podía moverse en dicha época el procedimiento de ***repetundis*** se ampliaron en el Imperio. Durante esta última podían ser perseguidos, además de las dichas, las siguientes personas:

5°. Los funcionarios imperiales *cuasimagistrados* pertenecientes al orden de los caballeros. Verdad es, que sin embargo, que como estos funcionarios regularmente respondían de sus actos ante el tribunal del emperador, no llevándoseles sino muy raras veces ante el tribunal del Senado, son pocos los procesos contra los mismos que refieren los anales.

6°. Los jurados, los acusadores o demandantes y los procuradores en general.

7°. Los guías o acompañantes, sobre todo los de los gobernadores de provincia, sin diferencia de clase o condición social.

8°. Los oficiales subalternos.

La acción ***repetundarum*** no podía entablarse, ni siquiera en tiempos posteriores, contra otros individuos particulares, no funcionarios, salvo, si acaso, contra aquellos que prestasen auxilio a los funcionarios para la comisión del delito de que se trata. De aquellos que se atribuyeran falsamente el ejercicio de un cargo público, o algún otro alto rango de carácter oficial, con el fin de cometer exacciones, se les castigaba severamente, pero a duras penas podía fundarse el castigo en haber sido concusionarios.

Las leyes ***repetundarum***, que en realidad se dirigían contra el cohecho y el soborno, esquivaban las pruebas difíciles, de esta manera: acogiéndose a la analogía de las disposiciones de la *ley Cincia* acerca de las donaciones o regalos a los procuradores y administradores, en virtud de las cuales les estaba prohibido a los funcionarios en general recibir dinero (***pecunias capere***), y en el caso de que lo hubieran recibido contraviniendo a la prohibición, se concedía al dador una acción para repetir lo entregado (***pecunias repetere***). De lo expuesto acerca de las personas contra las cuales se podía entablar la acción de ***repetundis***, resulta en cierto modo cuáles eran los casos en que la aceptación de dinero se consideraba y castigaba como delito ***repetundarum***[635].

1.7. SUSTRACCIÓN DE LA PROPIEDAD (FURTUM)

El delito consistente en apropiarse de la propiedad ajena, o sea de lo que los juristas romanos llamaban ***furtum***, y que ahora también tiene esta denominación.

En el derecho romano se distinguen las siguientes clases de ***furtum***:

1°. Hurto en general y, sobre todo, los bienes privados.

2°. Hurto entre cónyuges (***actio rerum amotarum***).

3°. Hurto de bienes pertenecientes a los dioses (***sacrilegium***) o al Estado (***peculatus***).

4°. Hurto de cosechas.

5. Hurto cualificado de la época imperial.

6°. Hurto de herencias.

El derecho romano no consideró al hurto violento, o sea al **robo**, como un delito independiente, sino que, sin excluirlo del concepto general del ***furtum***, lo

[635] **MOMMSEN**, Teodoro; ***Derecho Penal Romano***, op. cit. pg. 444 y 445.

incluyó entre los delitos de coacción, concediendo para perseguirlo, ora la acción de homicidio, en el caso de salteamiento o robo en los caminos, ora de daño violento en las cosas[636].

No se desarrolla estas clases de ***furtum*** por haberse ya tratado este delito en el Capítulo V de la Sexta Parte al tratar de los Delitos y cuasidelitos.

1.8. DAÑOS

Las ofensas a la propiedad podían ser de dos maneras: apropiándosela o destruyéndola o causando en ella algún daño De ambos modos podía atentarse tanto a los bienes de los dioses y a los del Estado como a los particulares; pero si la apropiación indebida de los bienes de los dioses daba origen al *sacrilegio*, la de los bienes del Estado al *peculado*, y la de los bienes de particulares al *hurto*, la tradición no nos muestra, al lado del concepto jurídico general de los daños contra los bienes privados, ningún concepto jurídico general que se corresponda con el sacrilegio y con el peculado, si bien parece que en los antiguos tiempos se designaba con la palabra técnica ***violatio*** el daño causado en las cosas sagradas. La tradición nos demuestra. Sin duda, algunos preceptos relativos a los daños inferidos en ciertos templos singulares, a ciertas vías públicas y a ciertos acueductos, y relativos así bien a otras violaciones jurídicas análogas a éstas; pero carecemos casi completamente de reglas o disposiciones generales sobre los daños en bienes de los dioses y en bienes del Estado, con sólo alguna excepción tocante a los sepulcros. La causa de la escases de disposiciones generales a que acabamos de referirnos debe atribuirse, menos todavía a la justicia administrativa que ejercían los censores y otros funcionarios semejantes a ellos, y en la cual no se hacía uso, regularmente, del procedimiento contradictorio. El derecho penal no debe desconocer esta materia de daños causados en los bienes de los dioses y en los del Estado así como también a los bienes de los particulares[637].

2. CAUSAS CRIMINALES: PUBLICA JUDICIA

Los Reyes antiguamente juzgaban las causas criminales, ***exercebantur***, Dion, con el parecer de un Consejo, ***cum Consilio***, Tito Livio, y daban por sí mismos las sentencias en las causas graves, dejando a los Senadores el conocimiento sobre crímenes menos graves[638].

---

[636] **MOMMSEN**, Teodoro; ***Derecho Penal Romano***, op. cit. pg. 457.

[637] **MOMMSEN**, Teodoro; ***Derecho Penal Romano***, op. cit. pg. 498.

[638] Los ***juicios públicos***, ***judicia publica***, eran totalmente distintos de los juicios entre partes o privados, ***judicia privata***. En éstos cada parte procuraba defender sus derechos; pero el objeto de los públicos era perseguir y castigar los crímenes públicos. **Quintiliano**, distingue tres especies de causas: ***judicia privata***, ***publica*** et ***extraordinaria***; pero

Tulio Hostilio nombró dos ciudadanos (***duumviri***) para que juzgasen a Horacio, que había dado muerte a su hermana (***qui Horatio perduelionem judicarent***), y le concedió que de su sentencia pudiese apelar al Pueblo, Tito Livio. **Tarquino el Soberbio** falló varias causas capitales sin asesorarse con nadie.

Los Cónsules juzgaban y castigaban los reos de crímenes capitales desde que fueron echados los Tarquinos, Tito Livio, Dion: pero luego que la **Ley Publícula** concedió la facultad de apelar al **Pueblo**, éste juzgaba por sí o por sus delegados juntos con el **Senado**. A estos delegados los llamaban ***quæsitores*** o ***quæstores parricidii*** y algunas veces se daba esta comisión a los **Cónsules**, al **Dicitador** o al **Jeneral de la caballería**, y entonces eran ***quæsitores***, los delegados.

También el **Senado** conocía las causas capitales, **Salustio**, y en ciertas ocasiones comisionaba para esto a algunos ciudadanos.

Establecidos ya los tribunales permanentes, ***questiones perpetuæ***, había siempre un Pretor particular encargado de perseguir cierta clase de crímenes. El **Senado**, y lo mismo el **Pueblo**, rara vez intervenían en estos negocios, a no ser que se apelase a ellos, o las circunstancias fuesen muy extraordinarias[639].

3. CAUSAS ANTE EL PUEBLO

Al principio todas las causas de apelación al Pueblo, ***judicia ad Populum***, fueron sentenciadas en los Comicios curiados, ***Comitia curiata***; pero el ejemplo único que nos queda de esto, es la famosa causa de Horacio, uno de los campeones de Roma.

Instituidos los Comicios centuriados y por Tribus, todas las causas de que había de juzgar el Pueblo se decidieron en ellos; las causas capitales en los Comicios centuriados y en los Comicios por Tribus aquellas en que sólo podía imponerse por pena alguna multa.

Llamábanse ***capitales*** las causas en que peligraba la vida o libertad del ciudadano romano. Las Tribus conocieron de la causa de **Coroliano** que era de esta clase, Tito Livio; pero esta junta fue irregular y tumultuosa.

En los **Comicios por Tribus** se presentaban por lo común como ACUSADORES los Magistrados inferiores; v. gr. Los Tribunos o Ediles, Tito Livio. Pero en los **Comicios, centuriados** hacían este oficio los Magistrados superiores, como

---

convienen en que el objeto de estas dos especies de causas era el juzgar y castigar los crímenes contra el Estado.

[639] **ADAM**, Alejandro; *Antigüedades Romanas*, Tomo II, op. cit., pg. 210 a 214.

los Cónsules, y algunas veces los Cuestores y Tribunos, Tito Livio; pero se cree que éstos lo hacían por orden de los Cónsules.

Cuando un Magistrado se había propuesto acusar algún ciudadano, convocaba una junta, subía a la tribuna y exponía su intención de acusar a fulano tal día de tal crimen, y mandaba al acusado (reo) que compareciese; esto se llama ***dicere diem Sc. Acusationis vel diei dictio***; entonces se prendía al reo, a no dar fianza de estar a derecho. A los **fiadores en causa capital** se los llamaba ***vades***; y ***prædes*** a los de las causas en que la pena era sólo una de multa.

El día señalado, el Magistrado mandaba a un Ministro que desde la tribuna intimase al reo que compareciese, Tito Livio, Suetonio; si sin justa causa, ***sine causa sontica***, no comparecía, se le condenaba; pero su era por enfermedad o por otra causa justa, se le daba por escusado, ***excusari***, Tito Livio, y la causa se señalaba para otro día, ***diez prodictus vel productos est***.

Cualquier Magistrado superior o igual al acusador podías suspender el curso de la causa.

Si el acusado comparecía, ***si reus statisset vel si sisteretur***, y no intervenía ningún Magistrado que lo impidiese, el acusador exponía los capítulos de la acusación, ***acusationem instituebat***, y reiteraba tres veces su acusación con un día de intervalo de una a otra, y la apoyaba con testigos, con documentos y con cualquiera otras pruebas: cada capítulo de la acusación se expresaba la pena o multa que correspondía, y esto se llamaba **investigación**, ***anquisitio***. Algunas veces en el progreso de la causa se moderaba o aumentaba la pena que se había pedido al principio.

El reo por lo común se colocaba bajo la Tribuna vestido pobremente, y allí estaba expuesto a las injurias y befas del Pueblo, ***probriis et conviciis.***

Concluida la acusación del tercer día, se publicaba la acusación durante tres días de mercado, ***rogatio***, como si se tratase de una ley, en la que se explicaba el crimen y se especificaban las penas o multas en que se decía haber incurrido el delincuente, y esto era lo que llamaban ***multæ pœnæve certatio***; porque estaba prohibido el imponer pena capital y multa a un tiempo, ***ne penæ capitis cum pecunia compungeretur***.

El acusador, el tercer día de mercado, volvía de nuevo a leer los capítulos de la acusación, y el acusado o el Abogado que tenía permiso para defenderle, ***patronus***, se valían de todos los medios imaginables para captarse el favor del Pueblo, o para escitar su compasión.

Concluida esta tercera lectura, se señalaba el día de comicios en que el Pueblo fallaría la causa y decidiría la suerte del acusado. Si se trataba sólo de *multar*

al reo, y el acusador era Tribuno, él por sí mismo convocaba los *Comicios por Tribus*; pero si se pedía la *pena de muerte*, tenía que pedir al Cónsul que señalase día para los *Comicios centuriados*; y si el Cónsul estaba ausente, acudía al Pretor, Tito Livio. Cuando se había de tratar de una causa capital, se convocaba al Pueblo para los Comicios al son de trompeta. Entonces el acusado y sus amigos se valían de todos los medios imaginables para que el acusador desistiese de su acusación, ***acusatione desistere***: si venía en ello, se presentaba a la asamblea del Pueblo, y decía: ***Sempronium nihil moror***; pero su persistía, el reo y sus amigos se valían de todos los artificios que se figuraban que podían contribuir a que el Pueblo votase a su favor, o que podían escitar su compasión.

El acusado en vez de su traje ordinario, toga alba, se ponía por lo común un vestido raido, o más bien podre y antiguo, ***sordidam et absoletam***, Tito Livio; pero no de luto, como han creído algunos ***pullam et atram***. Vestido de este modo recorría la junta suplicando a todos los ciudadanos, y por eso ***sordes et squalor*** se toman por crimen, ***sordidati et squalidi***, por delincuentes. Sus parientes, sus amigos y aquéllos a quien él había empeñado para que se interesasen a su favor, hacían otro tanto, Tito Livio. Cuando **Clodio** acusó a **Cicerón**, no solamente cambiaron espontáneamente, ***privatu consensu***, de vestido los Caballeros y gran número de jóvenes patricios, sino de común acuerdo los Senadores, ***público concilio vestem mutabant***, y **Cicerón** se quejó amargamente de que el Cónsul hubiese prohibido por un decreto estas muestras de sentimiento.- Dion.

Para sentenciar una causa criminal, el Pueblo votaba des mismo modo que para adoptar o desechar una ley.

Si el día de los comicios ocurría alguna cosa que le impidiese al Pueblo el votar, el acusado quedaba absuelto, y se imponía perpetuo silencio sobre aquel asunto. Valiéndose de esto **Metelo Celer** impidió que se condenase a **Rabirio**, que hacía cuarenta años que había asesinado a **Saturnino**, arriando la bandera que con este motivo estaba enarbolada en el *Janículo* (actualmente se llama *Montorio*); lo que hizo que se disolviese la Junta.

Si el día último de la causa el reo, después de haberle citado un portero o Ministro, se ausentaba, la práctica de los tiempos antiguos era llamarle a son de trompeta desde la puerta de su casa hasta la ciudadela y alrededor de los muros de la ciudad. Citado el reo de este modo, si no parecía, se le condenaba a destierro, si había huido de miedo, ***Comitia Tributa***[640].

---

[640] ADAM, Alejandro; *Antigüedades Romanas*, Tomo II, op. cit. pg. 214 a 222.

4. ORIGEN DE LA JUSTICIA PÚBLICA

El Derecho penal privado de las XII Tablas respondía a las condiciones de una comunidad embrionaria de modestas proporciones y carácter rural iba a mostrarse, cada vez más, como insuficiente cuando Roma se convirtiera en una gran urbe atravesada por violentas tensiones sociales. El crecimiento del proletariado de la capital y el aumento de los contingentes de esclavos fue acompañado de un auge de la criminalidad, que exigió enérgicas medidas para mantener la seguridad pública. Por eso surgió, lo más tarde a comienzos del siglo II, pero probablemente ya en el curso del siglo III a. C. *Se estableció para todos ellos la pena de muerte* (para el ladrón, únicamente si había sido sorprendido ***in flagranti*** al cometer el *hurto* o llevarse el botín). Se consideraba como delito digno de muerte el simple hecho de llevar armas con intención de delinquir, comprar y vender y, en general, estar en posesión de venenos letales. El que había sido sorprendido por la policía era penado de oficio, pero el procedimiento podía también incoarse por denuncia de un particular *(**nominis delatio**)* y, en este caso, estaba generalmente al cargo del delator aportar la prueba del delito denunciado. *La competencia para ejercer esta justicia policial correspondía propiamente al pretor urbano,* como titular del ***imperium jurisdiccional***. Sin embargo, él dejaba el castigo de esclavos y criminales de los estratos inferiores de la población libre en manos de los ***tresviri capitales***, magistrados menores[641], a los que incumbía también garantizar la seguridad de la urbe, vigilar las cárceles del estado y llevar a cabo las ejecuciones. Los ***tresviri* capitales** ejecutaban a los delincuentes confesos o sorprendidos in **flagranti**, según parece, sin proceso. Tratándose de esclavos se forzaba la confesión mediante tortura. Pero si el acusado discutía el hecho que se le imputaba, entonces decidía sobre su culpabilidad o inocencia el consejo *(**consilium**)* del ***triunviro*** encargado del asunto. *Es de suponer que ante el propio pretor o ante un delegado suyo (**quaesitor**) sólo se llevaran los procesos contra ciudadanos de cierto prestigio, no confesos.* Aquí se requería siempre una sentencia condenatoria del ***concilium***. *La imposición de una pena al que había sido declarado culpable era asunto del pretor.*

Aunque éste no pudiera sustituir por otra la pena de muerte prescrita legalmente, podía dejar que el condenado escapara al exilio. Y pronunciar contra él la ***aqua et igni interdictio***[642].

---

[641] Este cargo se creó a comienzos del siglo III a. C.; luego se le incluyó en el llamado ***vigintiviratum***, en que se contaban también una parte de los ***praefecti iure dicundo***, los ***decemviri stilitibus iudicandis*** *y* los subalternos competentes para la limpieza de las calles en Roma.

[642] KUNKEL, Wolfgang; op. cit. pg. 71 y 72.

El exilio siguió siendo como todavía afirmaba **CICERÓN** en el año 69 antes de Cristo, no una pena, sino una manera de sustraerse, voluntariamente, a la muerte; razón por la cual se hablaba siempre de ***res capital*** y de ***capite quarere.*** Aun cuando esta manera de evitar la pena capital podía ser derogada para aplicar, plenamente, la sanción legal, cuando la culpabilidad había sido afamaba por el pueblo entero, ningún pretor se hubiese atrevido a ordenar la ejecución del culpable a base del veredicto de una ***questio***. Tampoco se tiene noticias, de otra parte, de que se intentase encontrar en el sistema de votación y escrutinio, en el procedimiento de ***questio*** la equivalencia de aquella publicación del penúltimo voto necesario para alcanzar la mayoría que, en el procedimiento puramente comicial era, el postrer momento -por lo menos en teoría- para poder ejercitar la facultad concedida de exiliarse. Por eso, pensamos que en la práctica, el pretor, al recibir las tabletas de los jurados, y antes de proceder a su escrutinio, preguntaría al acusado si, el caso de resultar condenado, pensaba recurrir al exilio. Si la respuesta era afirmativa y la votación favorable, sólo tenía que pronunciar la ***interdictio aqua it igni***[643]**.**

En la primera época de la República, *los tribunos de la plebe, ediles y cuestores llevaban, los procesos políticos penales ante los comicios.* En la época tras la segunda guerra púnica, este procedimiento no tardó en revelarse como extemporáneo, puesto que la asamblea popular ya no constaba, en su mayoría, de prudentes labradores, como antes, sino que estaba dominada por las masas de la capital, muy abiertas a influencias demagógicas. Además, la política y la administración se habían complicado tanto que el ciudadano medio, en muchos casos, ya no era capaz de enjuiciar las circunstancias del delito. En consecuencia, se hizo cada vez más corriente -en especial cuando se infringían las obligaciones propias del cargo de gobernador provincial o de otras magistraturas- que el senado remitiera los delitos políticos a los cónsules o a uno de los pretores para que estos hicieran las pesquisas oportunas y los tramitaran ante su ***consilium,*** compuesto por senadores y versado, por tanto, en la materia. También se introdujeron estos tribunales extraordinarios *(**quaestiones extraordinariae**)* tanto para juzgar delitos multitudinarios que la justicia penal pública con la tramitación ordinaria no pudiera resolver, como para reprimir movimientos contra la seguridad del Estado.

Hasta fines del siglo II a.C., todos estos tribunales públicos ***(iudicia pública)*** tuvieron un carácter más o menos improvisado. Se constituían de caso a caso y es de suponer que la elección del ***consilium,*** que tenía que decidir sobre la culpabilidad, correspondiera al magistrado que lo presidía o al senado. *Sólo para*

[643] ARANGIO- RUIZ, Vicente; Historia del Derecho Romano, op. cit., pg. 215 y 216.

el procedimiento por concusión de magistrados romanos en Italia o en las provincias existía, a partir de una ***lex Calpurnia repetundarum*** del año 149 a. C., una "*lista especial de jueces*", expuesta todo el año del cargo y de la que cada vez se formaba el ***consilium*** con el concurso del acusador y del acusado. *El pretor peregrino actuaba como presidente en este procedimiento.* Al parecer, sólo podían crearse otros tribunales "permanentes" de este tipo ***(quaestiones perpetuae)*** cuando los consejos de los tribunales penales ya no tuvieran que cubrirse exclusivamente con miembros del senado (que, por aquel entonces, sólo constaba normalmente de 300 miembros, esto es, según la ***lex Sempronia iudiciaria*** de **C. Graco**, 122 a. C.). Esta ley, que abría a los caballeros el acceso al puesto de juez, constituyó el punto de partida de la evolución de un sistema de jurados, a los que en los últimos tiempos de la república y comienzos del principado correspondió la justicia penal ordinaria[644].

5. LOS JURADOS DE FINES DE LA REPÚBLICA Y COMIENZOS DEL PRINCIPADO

SILA, en el cuadro de sus reformas constitucionales, reorganizó y aumentó los tribunales permanentes, que ya existían a fines del siglo II. Y que probablemente fueron creados por la ***lex Sempronia***. Desde ese momento existieron ya tribunales para delitos de alta traición y de desobediencia a los órganos estatales supremos ***(quaestio maiestatis)*** [645], "defraudación de la propiedad del Estado" ***(quaestio peculatus)***, corrupción electoral ***(quaestio ambitus)***, depredación de las provincias ***(quaestio repetundarum)***,asesinato, envenenamiento, atentado a la seguridad pública ***(quaestio de sicariis et veneficis)***, falsificación de testamentos o monedas ***(quaestio de falsis)*** e injurias graves, inclusive la violación de la paz de la casa ***(quaestio de iniuriis)***. Otros tribunales, como la ***quaestio de vi***, para toda suerte de delitos con violencia, y la ***quaestio de adulteris***, para adulterio y seducción de doncellas de buena fama, aparecieron después y, en parte, con **la legislación penal de Augusto**, que constituyó el punto final de la evolución de los ***iudicia publica***. A la cabeza de cada una de las *quaestiones* se encontraba, la mayoría de las veces, *un pretor*[646].

---

[644] KUNKEL, Wolfgang; op. cit. pg. 73 y 74.

[645] **Maiestas**, significa soberanía (propiamente "estar en posición más elevada), ***crimen*** *(laese) maiestatis* por tanto lesión de la soberanía, la ley de Augusto parece colocar aún en primer plano la protección del Estado y de los órganos soberanos de la república.

[646] Antes de que SILA hiciera a los que hasta entonces habían sido pretores de las provincias, presidentes de las ***quastiones***, estos tribunales estaban dirigidos por ***iudices quastionis***. Se desvestía esta magistratura entre la edilidad y la pretura. Siguió subsistiendo este cargo hasta la nueva ordenación de Augusto.

Se conoce con bastante exactitud el procedimiento ante estos jurados a través de los discursos forenses de Cicerón, siquiera sea desde el punto de vista del abogado. Este procedimiento no se incoaba de oficio (ni por el presidente, ni por un acusador público), sino que presuponía siempre la "*denuncia*" ***(nominis delatio)*** *de un particular.* Esta denuncia era ahora, en realidad, una acusación; pero si el magistrado competente la admitía (y respecto a ella, al menos en ciertos casos, no tenía que decidir él mismo, sino un ***consilium*** formado por jueces), desde ese momento el denunciante adquiría los derechos y deberes de una parte procesal; en lo sucesivo sería él quien tendría que llevar al adversario ante el tribunal del delito. *Para interponer la acusación estaba legitimado fundamentalmente todo ciudadano de buena conducta.* En ello se manifiesta claramente la nota que separa el procedimiento penal "público" de la acción privada de las XII Tablas, la cual sólo correspondía al ofendido o (en caso de muerte) a su *gens.* Naturalmente los motivos del acusador eran muy variados. Al lado de la sed de venganza del perjudicado, que podía también encontrar satisfacción en el ***iudicium publicum,*** desempeñaban un papel importante enemistades que no tenían nada que ver con el correspondiente delito, pero sobre todo la avaricia; pues para el acusador que venciera las leyes penales establecían premios de importancia. *En caso de condena capital del acusado, el acusador tenía derecho incluso a una parte del patrimonio embargado.* Había, sin duda, mucha gente que convertía el acusar en un negocio sistemático y muy pocos que, al acusar, pensaran sólo en el interés público[647].

Si el, magistrado había admitido una acusación, lo primero que se hacía era constituir el ***consilium*** mediante sorteo de la lista de jueces de la ***quaestio*** correspondiente, es decir, el tribunal de jurados que tenía que decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado; tanto el acusador como el acusado tenían derecho a recusar un número determinado de jueces. Antes de comenzar los debates se hacía jurar a los miembros del ***consilium*** elegidos de este modo, variando su número en las diversas épocas y también en cada una de las ***quaestiones.*** El propio debate se encontraba bajo el signo de la iniciativa privada más aún de lo que sucede hoy día en el proceso penal anglosajón. El acusador presentaba e interrogaba a los testigos de cargo; el acusado, a los testigos que esperaba que declararan en su favor. Se sucedían movidos interrogatorios cruzados. Los miembros del jurado escuchaban en silencio; cualquier diálogo entre ellos les estaba prohibido. El magistrado jurisdiccional se limitaba a mantener el orden en las sesiones, pero la mayoría de las veces éste no era muy riguroso. *La gentileza de las leyes procesales romanas, que concedían al acusado amplio margen para su defensa, es verdade-*

[647] KUNKEL Wolfgang; op.cit. pg.74 y 75.

ramente impresionante y, para nuestros conceptos, incluso exagerada. El acusado podía, además, hacerse representar, en un momento dado, hasta por seis abogados. A ellos y a él se les concedía, en virtud de disposiciones legales expresas, un tiempo para hablar extraordinariamente amplio y medido por el reloj de agua; en total, una vez y media más del tiempo de que disponía la acusación. El ***consilium*** daba su sentencia votando mediante tablillas tapadas que se depositaban en una urna. *Igualdad de votos significaba absolución.* Si resultaba un gran número de abstenciones, entonces se discutía otra vez. En el proceso por concusión, en que se ponía en tela de juicio la existencia política y normalmente la existencia económica de ex magistrados, y que, la mayoría de las veces, exigía la comprobación de numerosas cuestiones concretas, estaba prescrita incluso por la ley una doble discusión sobre toda la materia procesal.

Sobre la base de la votación del ***consilium,*** el magistrado hacía saber que, a juicio del tribunal, el acusado había cometido ***(fecisse videtur)*** o no había cometido el hecho que se le imputaba. Al principio no se condenaba fundamentalmente a una pena; ésta se desprendía de la ley en que se basaba el procedimiento. Sólo en los casos en que la pena consistía en dinero, cuya estimación dependía de la cuantía del daño ocasionado, era necesaria una especie de medición de la pena. Correspondía hacerla al ***consílium,*** que tenía que reunirse para ello de nuevo después de la sentencia condenatoria, para tratar otra vez sobre la "estimación" del litigio ***(litis aestimatio).*** *La ejecución de la pena era asunto del magistrado.* En el último siglo de la república, según lo que nos es dado conocer, la pena de muerte ya no se aplicaba a los condenados en el procedimiento de las cuestiones (que, por regla general, pertenecían a los ***honestiores,*** esto es, a las clases superiores. *Antes bien, el magistrado les daba ocasión de huir al exilio.* En cambio, se ejecutaba, sin duda, en todos los casos, a los esclavos y criminales del estrato inferior de la población libre (**los *humiliores*),** que habían sido condenados por un delito capital por el tribunal policial de los ***tresviri capitales,*** que subsistió evidentemente hasta el final de la república. Sólo de este modo había una cierta defensa contra los delincuentes profesionales, ya que *el derecho penal de la república aún no conocía penas de privación de libertad*[648].

Refiere **ARANGIO-RUIZ,**[649] que hallábase, bastante avanzada la época republicana, cuando se precisó aquella distinción fundamental entre *delitos públicos y privados* cuyo germen se encontraba en las **XII Tablas**, aun cuando perturbada por la naturaleza mixta de ciertas sanciones.

---

[648] KUNKEL Wolfgang; op. cit. pg. 76 y 77.

[649] ARANGIO- RUIZ, Vicente; Historia del Derecho Romano, op. cit. pg.207 a 209.

A esta separación contribuyó sobre todo, la eliminación de la venganza privada, al reservarse la Ciudad el poder exclusivo de juzgar y aplicar la pena, en los casos que el delito exigiese la muerte del culpable o la privación de la libertad o de la ciudadanía. Por otra parte las penas corporales o aflictivas privadas, que se referían a concepciones primitivas como el *talión* o la ***addictio*** del ladrón cogido ***infraganti***, fueron sustituidas por penas pecuniarias que podían eventualmente concurrir con otras de carácter público. Partiendo de esto, era ***delito privado*** (***delictum maleficium***) aquel que por considerarse únicamente desde el punto de vista del daño causado por un individuo a otro, daba lugar a una *pena pecuniaria* perseguible mediante las formas procesales privadas; el ***delito público*** (***crimen***) era, en cambio, el que, *por ofender a la sociedad, no al individuo era* ***perseguido por la Ciudad***.

El proceso, en efecto, se desarrollaba en ***cuatro reuniones sucesivas****, en las cuales intervenía el pueblo juntamente con el magistrado.* En las tres primeras destinadas al acopio y examen de las pruebas, así como a oír las alegaciones de las partes, el pueblo sólo intervenía en consejo no oficial, siendo el magistrado quien dirigía la encuesta (***anquisitio***); *pero si al terminarse al tercera reunión el magistrado se pronunciaba por la culpabilidad del reo, entonces se celebraba una cuarta, con el pueblo reunido solemnemente en comicio, quien procedía a una votación regular.*

La ***provocatio***, *fue admitida únicamente a favor de los ciudadanos de pleno derecho*, por lo que eran excluidos los esclavos, los extranjeros y las mujeres, para los cuales la coerción del magistrado conservaba toda su eficacia primitiva.

Hubo delitos a los cuales el magistrado pudo castigar, por lo menos hasta la época de los Gracos, sin la limitación de la ***provocatio***. Prescindiendo de otros casos, podemos citar: *el parricidio* cuya sanción (el famoso saco del parricida) fue considerada, sustancialmente, como una ceremonia expiatoria; *la violación del voto de castidad por una Vestal, en el que la sacerdotisa impúdica era enterrada viva por orden del pontífice máximo*, mientras el seductor era condenado por los magistrados superiores al ***supplicium more maiorum*** o sea a la *crucifixión*.

Entre los delitos comunes, el homicidio tuvo también su ***quastio perpetua*** desde la ***lex Cornelia de sicarios et veneficiis***, obra de SILA. Esta ley castigaba por igual el homicidio consumando que la tentativa, así como las cuadrillas de bandoleros con fines homicidas. En materia de parricidio, en el sentido de dar muerte a los próximos parientes la antigua ***poena cullei*** (*encerrar al parricida en un saco para lanzarle al mar*) se aplicaba todavía en el año 101 a.C.

6. LA EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA PENAL EXTRAORDINARIA Y LA DECADENCIA DE LOS JURADOS BAJO EL PRINCIPADO

Como ya hemos indicado, AUGUSTO *no suprimió los jurados de la* ***República tardía****, sino que los reorganizó y los incrementó.* Por tanto, bajo el **Principado** siguieron siendo también los órganos de la justicia penal "ordinaria" *(**ordo iudiciorum publicorum**).* Al propio tiempo, AUGUSTO *reformó también de raíz la policía y la justicia policial,* colocando por tiempo indefinido un senador de rango consular como prefecto de la ciudad *(**praefectus urbi**),* y creó una fuerte tropa policial acuartelada, las ***cohortes vigilum***. **El prefecto de la ciudad** y también el de los ***vigiles*** *(**praefectus vigilum**)* (con competencia limitada) sucedieron a los ***tresviri capitales***, como titulares de la justicia policial. También fuera de la ciudad de Roma y de sus alrededores, AUGUSTO supo tomar enérgicas medidas para combatir la delincuencia y, principalmente, el bandidaje, que se había extendido por toda **Italia** bajo el régimen irresoluto de la·época de la república tardía y durante las guerras civiles. Guarneció el país con puestos militares, los cuales, en su mayor parte, estaban probablemente bajo el mando de la guardia de los pretorianos, única tropa que se encontraba en Italia, y, por consiguiente, bajo el mando de los prefectos de pretorio *(**praefecti praetorio**).* Es probable que ya desde un principio correspondiera al comandante de cada puesto militar una jurisdicción sobre maleantes de estratos inferiores (en especial, esclavos), mientras que otros casos criminales eran entregados a los prefectos de pretorio.

Hay que reconocer que *la ordenación de la policía, realizada por* AUGUSTO, no sólo representó un progreso decisivo en la lucha contra la delincuencia, sino también una importante mejora de la justicia penal. La jurisdicción policial no se encontraba ya en manos de magistrados jóvenes de rango inferior, que cambiaban anualmente y, por ello, tenían poco tiempo para acumular experiencia. Los que la ejercían eran personas calificadas, entre las que se encontraban incluso destacados juristas[650] y la duración de su cargo permitía que la orientación de las sentencias fuera bastante constante. Pero también en lo que se refiere a los jurados el procedimiento ante el ***praefectus urbi*** era mejor en muchos aspectos, pues era dirigido con más disciplina y más rápido que aquél. Mientras en el régimen antiguo la prolijidad de los trámites prescritos legalmente y la preponderancia que tenían las partes eran causa de inacabables dilaciones en los procesos, en el procedimiento del ***praefectus urbi*** las partes, y especialmente el acusador, podían contar con una decisión rápida. Así como el prefecto superaba normalmente en experiencia y conocimientos a los propios pretores que presidían los jurados, su ***consilium***, compuesto por ex cónsules

---

[650] Bajo Domiciano revistió la prefectura urbana el jurista Pegaso, bajo Marco Aurelio el célebre Salvio Julianu; fue ***praefectus vigilum*** por ejemplo Q.Cervidio Escéndola.

y otros senadores, en general era también más competente que los jurados de los tribunales penales ordinarios. Y, por último, el tribunal del prefecto no era, como los tribunales de los jurados, un tribunal especial ante el que sólo pudieran tratarse delitos exactamente tipificados por la ley; antes bien, éste podía juzgar cualquier delito que se dirigiera contra el orden público y la seguridad estatal. Por tanto, a diferencia de los tribunales ordinarios, ante el tribunal del ***praefectus urbi*** ya no se necesitaban varios procesos si un mismo autor había contravenido diversas leyes penales. El prefecto podía incluso castigar delitos para los que legalmente no estuviera previsto un procedimiento penal ordinario y tenía también mayor arbitrio que los magistrados de las ***quaestiones*** para imponer penas. Así se comprende que, ya en el curso del siglo I a. C., la justicia penal extraordinaria ***(cognitio extra ordinem)*** del ***praefectus urbi*** comenzara á desplazar a los tribunales de jurados. De todos modos, en el siglo II subsistían aún; por lo menos, algunos. La última noticia que de ellos tenemos procede de la época de los SEVEROS y se refiere a la ***quaestio de adulteriis;*** este tribunal se mantuvo más tiempo que los demás porque entendía de delitos que al principio se encontraban lejos de la competencia meramente policial del prefecto urbano[651].

Al lado de los tribunales de jurados del ***ordo iudiciorum privatorum*** *y* de los tribunales extraordinarios de los prefectos urbanos, del ***praefectus vigilum*** y (en Italia) del ***praefectus praetorío*** funcionaban también el Senado *y* el ***princeps*** como órganos de la justicia penal. La jurisdicción del senado, que arranca de TIBERIO, se limitaba fundamentalmente a los miembros de la clase senatorial. Es indudable que se consideraba esta jurisdicción como un privilegio de clase: personas de rango senatorial no debían ser juzgadas con la publicidad del procedimiento de jurados y por personas que, en su mayor parte, pertenecían a clases inferiores. Sin embargo, cuando el senado fue acatando progresivamente la voluntad (verdadera o presunta) del ***princeps,*** este privilegio se reveló como funesto para los acusados, sobre todo si se trataba de *acusaciones políticas* (*procesos de lesa majestad*). Por eso, muchas veces era más ventajoso para el imputado que el emperador atrajera el proceso ante su propio tribunal. *Así se explica que el tribunal senatorial perdiera terreno frente al del emperador ya desde mediados del siglo I.*

Después de la nueva ordenación de AUGUSTO, al ***princeps*** le correspondieron siempre facultades jurisdiccionales dentro de su ***imperium proconsulare,*** el cual, no obstante, alcanzaba solamente a las provincias y al ejército y, al principio, quizás únicamente a las provincias que se encontraban bajo su administración. Normalmente, las ejercían allí sus legados. Sin embargo si el ***princeps*** se encontraba en una de estas provincias tenía, sin duda, facultades para asumir él mismo la función del magistrado. Era también lógico que los habitantes de las provincias

[651] KUNKEL Wolfgang. Op. cit pg. 77 a 79.

y, concretamente los ciudadanos que vivían allí, apelaran a él, como verdadero titular de la jurisdicción competente, contra decisiones de sus representantes. Es dudoso que el ***princeps*** pudiera también reclamar para sí en Roma el derecho de la jurisdicción, sobre todo teniendo en cuenta el contenido de los poderes republicanos que le habían sido transmitidos. Pero lo cierto es que, como titular de la ***tribunitia potestas***, podía ejercer una especie de derecho de control sobre las sentencias. Además *los tribunos de la plebe de la época republicana*, en virtud de su *derecho de intercesión*, habían ya revisado -y en caso necesario anulado- los decretos de los magistrados jurisdiccionales, aunque claro está, a diferencia del emperador no se encontraran en situación de dar otra sentencia en lugar de la casada.

El problema de cómo y cuándo se convirtió en tribunal del princeps en una institución fija resulta difícil de resolver, porque los historiadores romanos cuyos datos nos son imprescindibles hasta fines del siglo II d.C. Sólo han trasmitido de la justicia imperial una exposición incompleta, difuminada y a menudo parcial. El mismo AUGUSTO parece haber sentenciado en alguna ocasión; sin embargo es improbable que se reservara para sí, como juez, una competencia general y, concretamente parece que normalmente se cuidó mucho de no inmiscuirse en la justicia civil y penal, que él mismo había reformado. Evidentemente se puede decir lo mismo de TIBERIO. Sólo bajo los emperadores sucesivos, y sobre todo bajo CLAUDIO, *comienza la verdadera evolución del tribunal del emperador*. Alcanzó éste su punto culminante en el periodo que va de ADRIANO hasta los emperadores de la dinastía de los SEVEROS. *Desde eso momento el emperador pudo atraer a su tribunal cualquier litigio jurídico que versara sobre asuntos civiles o penales, lo mismo si se trataba de apelaciones sobre las sentencias de otros tribunales, que si era en primera y en última instancia, a requerimiento de las partes o en virtud de decisión propia.* Aunque algunos emperadores dedicaron mucho tiempo a actividades jurisdiccionales, es evidente que en todas las épocas sólo pudo llegar a ellos una pequeñísima porción del total de los procesos; hay que suponer, que se tratara siempre de procesos muy importantes en el aspecto jurídico, social o político. *En especial se desarrollaron normalmente ante el emperador procesos penales contra senadores y altos magistrados de la clase de los caballeros cuando decayó la jurisdicción del senado*[652].

Los datos que tenemos sobre el procedimiento ante los tribunales penales "extraordinarios" de la época imperial (inclusive el tribunal del emperador) son muy insuficientes. Este procedimiento podía ser incoado tanto de oficio como a instancia de parte. La tramitación se llevaba ciertamente, con mayor disciplina y de modo más elástico que en los tribunales de jurados. No tenemos motivo alguno para dudar de que, en general, se diera al acusado suficiente tiempo para

[652] KUNKEL Wolfgang. Op. cit. pg. 80 y 81.

defenderse. Además el principio de que no es el juez, sino su ***consilium,*** quien debe dar la sentencia se aplicó, al parecer. Tanto a la justicia penal extraordinaria como al proceso ante los jurados. De todos modos sólo tenemos puntos de referencias concretos en testimonios sueltos sobre el tribunal del emperador. Pero no es posible creer que otros presidentes del tribunal pudieran actuar en este punto de manera más autónoma que el ***princeps.***

También en lo que se refiere a las penas que el presidente del tribunal podía imponer al confeso o al declarado culpable por el ***consilium***, *la justicia penal extraordinaria del principado confería una mayor libertad de movimientos que el procedimiento ante los tribunales de jurados.* Mientras este último siguió vinculado a las leyes penales de la república y de Augusto, que prescribían o penas pecuniarias o la pena capital (es decir a este respecto, el destierro) *los jueces- funcionarios dotados de competencia penal extraordinaria, podían también castigar con la remisión a una escuela de gladiadores o a trabajos forzados en minas y otras obras públicas* (***condemnatio in metallum, in opus publicum***).De todos modos *esta pena sólo se imponía a personas* (libres) *pertenecientes a clases inferiores. Lo mismo puede decirse de la pena de muerte que no se aplicaba a los ciudadanos de más prestigio*, es decir, de los miembros de las curias municipales hacia arriba, y los tribunales extraordinarios rara vez la imponían, especialmente en delitos políticos graves. La pena capital corriente para ellos era la deportación a una isla (con o sin internamiento); en casos leves bastaba el relegamiento, esto es la expulsión de Roma e Italia, o en su caso, de la provincia donde el penado tenía su residencia. *Relegamiento y deportación* vinieron a suceder a la pena de dejar escapar al exilio, puesta que esta había perdido su significado con la expansión y cambio de estructura del imperio.

Al desaparecer los jurados se volvieron a perder, hasta ciertos puntos los atisbos de estado de derecho republicano y la independencia de la justicia penal, que le eran inherentes. Pero el procedimiento extraordinario era más eficaz, más dúctil y a fin de cuentas, probablemente más justo, sobre en lo que se refiere al pequeño ciudadano, que apenas había participado en las conquistas del procedimiento de los jurados. Aunque estuviera expuesto a penas mucho más graves que las prescritas para los miembros de las clases superiores, ya no lo estaba a la pena de muerte de la misma medida que en la época de la República, y además, ante el tribunal de los prefectos urbanos o del ***praefectus vigilum***, en general tenía mayores posibilidades de defensa que ante los ***tresviri capitales*** de la república. En el siglo II y a comienzos del siglo III d.C. las sentencias de los tribunales del emperador y los rescriptos orientaron la práctica del derecho penal hacia una cuidadosa determinación y apreciación de la culpa y una medición diferenciada de la pena. Los juristas de época clásica tardía trataron el derecho penal público en exposiciones relativamente amplías, aunque en apariencia no con el mismo de-

tenimiento que el derecho civil, el cual tenía una tradición científica ,mucho más antigua arrancando de los escasos fragmentos de la literatura del Derecho penal del imperio, recogidos en la compilación justinianea, surgieron los primeros atisbos de la ciencia del Derecho penal europeo tras el renacimiento del Derecho romano en la baja Edad Media.

7. PENAS ADOPTADAS POR LOS ROMANOS

En Roma se habían adoptado ocho clases de penas:

1.- ***Multa vel damnum***. Las multas en los primeros tiempos no podían pasar de una cantidad igual al coste de dos bueyes y treinta carneros, véase la **Ley Ateria**, Tito Livio; pero después se impusieron de mayor cantidad.

2.- ***Vincula***, **la carcelería**: era *pública* o *privada*. *La pública* era la cárcel en que estaban los delincuentes confesos o convictos de sus delitos. El *arresto* o *carcelería privada*, era solamente para asegurar a los acusados que se entregaban a los Magistrados o a particulares; que los guardaban en sus casas hasta concluir la causa, ***in libera custodia***, según la expresión de **Salustio**.

La primera cárcel que hubo en Roma se edificó por mandato de **Anco Marcio**, ***carcer***, Tito Livio; **Servio Tulio** la ensanchó, y a la parte subterránea construida por orden suya, se le dio el nombre de Tuliana, ***Tullianum***, Salustio, o ***lautumiæ, id est, loca ex quibus lapides excissi sun***t, aludiendo a los edificios de este género que **Dionisio** hizo en **Siracusa**; la otra parte de la cárcel, o según algunos esta misma, se llamó por razón de su seguridad y solidez **Fortaleza**, ***robur*** o ***robus***.

Vincula: ***catenae*** significa también prisiones; ***compedes vel pedicæ***, los grillos; ***manicæ***, las esposas o manillas; ***nervus***, las cadenas destinadas para atar a uno por el cuello y por las piernas. Había en las cárceles una *coluna* (columbar) de madera, a la que ataban los reos por los pies, a veces por las manos o por el cuello; ***boiæ***, las correas y cadenas con que ataban los reos por el cuello o por los pies.

3.- ***Verbera***: **Apalear a uno**, *fustibus*, azotar con varas, ***virgis***; con látigos, ***flagellis***. En el campo se castigaba a palos, y así allí se llamaba ***fastuarium***: solo los esclavos se castigaban a latigazos; a los ciudadanos solo se les podía azotar con varitas; pero la **Ley Porcia** abolió esta pena[653], que

[653] ***Lex Porcia de Tergo Civium***.- Ley rogada por **M. Porcius Cato**, votada en el año 195 a.C., *prohibiendo*, bajo penalidad, al magistrado contraviniente, *azotar a los ciudadanos romanos* (Tito Livio, X. 9. 4.).

no sólo renovaron los Emperadores, sino que la agravaron mandando que se azotase a los reos con látigos guarnecidos de plomo, ***palumbatis***.

4.- ***Tallio*** (***similitudo supplicii vel vindictæ hostimentum***), **Talión**; pena que se creía igual a la injuria hecha, *ojo por ojo, miembro por miembro.* Sin embargo que esta pena estaba establecida por la **Ley de las XII Tablas**, se aplicó rara vez en Roma, porque era permitido redimirla con dinero, ***tallio vel pœna redimi poterat.***

5.- ***Ugnominia vel infamia***, ignominia o infamia. Uno podía ser infame, ***inurebatur vel irrogabatur***, por le *ley* o por *edicto del Pretor.* Los declarados infames por sentencia judicial perdían sus empleos, y se hacían incapaces de obtener ninguno, y a veces se hacían también *incapaces de ser testigos y de testar*, y de esto provenía el que se les llamaba ***intestabilis***.

6.- ***Exilium***, destierro. No se servían de este término en ninguna sentencia, pero sí de la expresión ***aquæ et ignis interdictio***, por la que se prohibía el dar al reo *fuego* y *agua*, con cuya sentencia se desterraba al sujeto de toda la Italia, dejándole sin embargo la libertad de escoger lugar para residir. Augusto introdujo dos formas nuevas de destierro. La una llamada ***deportatio***, deportación, pena perpetua, por la que se obligaba al condenado a ir a cierto paraje determinado, y la otra la ***relegatio***, destierro, que podía ser perpetuo o temporal, y le fijaban también al reo el lugar del destierro; pero no perdía sus bienes ni sus empleos.

7.- ***Servitus***, esclavitud. Se vendían como esclavos los que no hacían matricular en el libro del Censor, o que rehusaban alistarse por soldados, porque se les consideraba como que voluntariamente habían renunciado los derechos de ciudadano.

8.- ***Mors***, la muerte: era esta ***natural*** o ***civil***. *El destierro y la esclavitud se consideraban como muerte civil*, y no se castigaban con pena capital sino los crímenes más graves.

Parece que al principio se colgaba de un árbol a los malhechores, y se les dejaba allí espirar, ***infelici arbori suspenderé***, Tito Livio; después se acostumbró el azotarlos con varas, ***virgis cederé***, y después decapitarlos, ***securi percutere***, Tito Livio, o precipitarlos de la **Roca Tarpeya, *de Saxu Parpeyo deficere***, o de la parte de la **fortaleza de la cárcel** llamada ***Robur***; por último al ahorcarlos, ***laqueo gulam gutur vel cervicem frangere***, dentro de la cárcel.

El cadáver de los reos que habían sufrido el último suplicio, no se quemaba ni se sepultaba, sino que se exponía delante de la cárcel, por lo común en la escalera llamada ***gemmoniæ, Sc. Scalœ vel gemmonii gradus***

(***quod gemitus locus esset***), y después los arrastraban por las calles agarrados de unos garfios, ***unto tracti***, y los echaban en el **Tiber, Suetonio.** Alaguna vez los amigos del reo compraban el permiso de enterrarle.

En tiempo de los Emperadores se inventaron otros suplicios aún más crueles, como echar a los reos *por pasto de las fieras*, ***ad bestias damnatio.***

El quemarlos vivos (***vivi comburium***): a los infelices condenados a este último suplicio les ponían una túnica empegada y dada de otros varios combustibles, ***túnica molesta***; lo que se hizo, según parece con un gran número de cristianos; lo cierto es que en los tiempos remotos ya se habla de la paz[654] como instrumento de suplicio.

A los reos se les condenaba otras veces a las *obras públicas, a luchar* con las fieras, y *a combatir unos con otros* en el anfiteatro como gladiadores. Se les hacía también *que trabajasen como esclavos en los baños públicos, en la limpieza de las alcantarillas, de los posos inmundos, y de las calles, en el empedrado de los caminos y de las calles.*

Los esclavos condenados a muerte, primero eran azotados (***sub furcâ cœsi***), y después los crucificaban, ***in crucem acti sunt***, y por lo común les ponían al pecho un cartelón explicando su crimen y la causa de su suplicio, Dion; lo que se hacía con todos los ajusticiados; y por eso Pilatos hizo poner la inscripción sobre la cruz de Jesucristo[655]. Dionisio describe este instrumento de suplicio. Uno de los libertos de Augusto, llamado **Vedio Pollio**, inventó un nuevo suplicio para sus esclavos, que era el echarl9os en un vivero para pasto de lampreas, ***Murenœ.***

Al parricida primero le azotaban fuertemente, ***sanguineis virgis cesuus***, después le cubrían la cabeza, le metían vivo en un saco de cuero con un perro, un gallo, una víbora y un mono, y luego cosían el saco, ***culeo insutus***; y con arreglo a la Ley de las XII Tablas le arrojaban al mar, o a un río profundo[656].

[654] **Pez** (lat. ***pix***, ***piscis***), substancia pegajosa que se extrae de los pinos y abetos.

[655] **Mateo**, XXVII, 37. Sobre su cabeza pusieron escrita su causa: *Este es Jesús el Rey de los judíos*; **Juan**, XIX, 19. Escribió **Pilato** un título y lo puso sobre la cruz; estaba escrito; *Jesús Nazareno, Rey de los judíos.*

[656] **ADAM**, Alejandro; *Antigüedades Romanas*, Tomo II, op. cit. pg. 256 a 263.

Apéndice
NOCIONES GENERALES DEL LATÍN

EL LATÍN EN LA HISTORIA Y EN LA CULTURA EUROPEA

Procedentes del tronco indoeuropeo penetraron en Italia varias tribus, cu- 'os dialectos se agrupan bajo el denominador común de grupo itálico. *Hacia fi- ıales del segundo milenio a. de C. los indoeuropeos llegaron a* **Italia** *en dos oleadas*; **.a latina**, que se estableció en las orillas del **Tíber** hasta los **Apeninos**, en la región denominada **Latium**, y **la osco-umbra**, que, a su vez, *se escindió en dos grupos*: **el osco**, que se estableció en el sur y sureste de **Italia** (*Campania, Samnium, Apulia, Lucania*), y **el umbro**, que quedó al *noroeste del Latium*.

A mediados del siglo VIII, a caballo sobre el río Tíber, nació **Roma**. Primitivamente ***el latín*****, lengua de Roma, se hablaba sólo en el Latium**. Pero, poco a poco, los romanos, aunque partieron de unos orígenes muy humildes, gracias a su tenacidad y disciplina fueron conquistando los territorios vecinos, **hasta formar el más grande de los imperios de la Antigüedad. *Sus límites eran el Atlántico, El Rhin, el Danubio, el Caspio, los ríos Éufrates*** y ***Tigris y los desiertos de África***. Dentro de estos países estaba encerrado **el Mediterráneo**, al que los romanos daban el nombre de ***Mare Nostrum*** (*Mar Nuestro*). **Roma** realizó en estos pueblos, tan heterogéneos como distantes, una vasta labor civilizadora, asimilando lo mejor que en cada uno de ellos encontró y convirtiéndolo en patrimonio común. Y, como siempre ocurre, *la lengua fue la fiel compañera del Imperio*, y en el de **Roma, el LATÍN** *se impuso como vehículo de entendimiento universal entre los hombres del mundo civilizado*. **El LATÍN** fue la lengua habitual de soldados y comerciantes y la lengua oficial de gobernantes, de administrados y de funcionarios. *Lengua del pueblo y de las clases elevadas al mismo tiempo*. Lengua que todos procuraban aprender en el trato cotidiano con las gentes de Roma.

Ahora bien, *una lengua evoluciona con el tiempo*. No fue el mismo LATIN el que hablaban los primeros habitantes de Roma, que el LATÍN en que expresaron

sus pensamientos los filósofos de la Edad Media. Esta lengua pasó por diversas etapas y, dentro de cada una de ellas, presentó distintas modalidades, según las clases sociales que lo hablaban.

Desarrollo Histórico Geográfico del Latín

1) *Los Romanos* forjaron el gran **Imperio romano** cuyos *límites* fueron **el Atlántico, el Rhin, el Danubio, el Caspio, el río Éufrates** y **los desiertos da África**. Dentro de su Imperio quedó encerrado **el Mediterráneo**, al que los romanos llamaron el ***Mare Nostrum***.
2) Roma realizó sobre todos los pueblos conquistados una vasta labor civilizadora, asimilando a su vez, de cada pueblo, lo mejor de cada uno y convirtiéndolo en *patrimonio común. Impuso su lengua,* **el latín**, como vehículo del entendimiento universal de los pueblos del Imperio. No logró echar raíces el latín en los países de Oriente que ya habían recibido la lengua y la educación griega. Las echó en todo el norte de África, pero más tarde fue completamente borrado por la *dominación árabe.*
3) Con *las invasiones de los bárbaros el consiguiente desmoronamiento del Imperio romano* la lengua vulgar latina comienza a descomponerse en lenguas diferentes, aunque hermanas (***lenguas neolatinas, románicas, romances***). Del latín popular proceden las *lenguas romances*: ***francés, provenzal, italiano, retorromano o ladino, sardo, dalmático, rumano, portugués, gallego, catalán y castellano***[657].

2. PERIODOS DE LA HISTORIA DE LA LENGUA LATINA

1° Latín arcaico y preclásico. Desde los orígenes hasta el nacimiento de **Cicerón** (106 a. de C.). Al principio, el LATÍN era una lengua ruda de soldados y labriegos. De esta época primitiva, que dura aproximadamente hasta el siglo III a. de C., se conservan solamente algunas inscripciones y fragmentos de himnos religiosos, como el ***Canto de los Salios***, el ***Canto de los Hermanos Arvales*** (sacerdotes) y la ***Ley de las XII Tablas***.

Esta lengua tosca resultaba ya ininteligible para los romanos de la época clásica. *Pero el LATIN primitivo, al recibir el influjo de la cultura helénica, tras las Guerras Púnicas, se va depurando, hasta adquirir calidades literarias.* Un esclavo griego, **Livio Andrónico**, que en **Roma** enseñaba el idioma de su país, ***tradujo al latín la Odisea***, para servirse de esta obra como libro auxiliar en la enseñanza del ***griego***. Esta depuración originó, poco a poco, una disociación, Cada vez más radical, entre la lengua es-

[657] W. VOTSCH; Gramática Latina, Editorial LABOR, S.A., Barcelona, pg. 7.

crita y la hablada o popular. **Plauto** y **Terencio** nos ofrecen en sus comedias los rasgos característicos de esta lengua popular de los siglos III-II a. de C.

Entre los autores preclásicos podemos citar también a **Catón** (234-149), **Lucilio** (149-103), llamado «*padre de la sátira romana*», y **Varrón**.

2° **Latín clásico («Edad de Oro»).** Desde el nacimiento de **Cicerón** (106 a. de C.) hasta la muerte de **Augusto** (14 d. de C.).

La separación entre el latín escrito y el hablado se hace cada vez más pronunciada. La lengua escrita sigue depurándose y enriqueciéndose sin cesar, hasta llegar a la cumbre de su perfección en la época de los grandes escritores clásicos. **Es el «Siglo de Oro» de las letras romanas**, centrado entre el final de la República y los primeros tiempos del Imperio.

Podemos distinguir **dos edades, *la Ciceroniana***, que comprende hasta la muerte de Cicerón (43 a. de C.), que es su más ilustre representante, y ***la Augústea***. En la Ciceroniana florecen eximios poetas, como **Lucrecio** (96-55 a. de C.) y **Catulo** (87-54 a. de C.), y prosistas tan ilustres como **César** (100-44 a. de C.), y **Salustio**. **Cicerón** es el verdadero creador de la prosa artística. La Augústea cuenta con un prosista de gran talla, **Tito Livio** (59 a. de C.-17 d. de C.), el más grande de los historiadores latinos, y la poesía llega a las n altas cimas con **Virgilio** (70-19 a. de C.), **Horacio** (55-8 a. de C.), **Ovidio** (43 a. de C.-17 d. de C.), **Tibulo** y **Propercio**.

3° **Latín postclásico** («**Edad de Plata**»). Desde la muerte de Augusto hasta el año 200 d. de C. La prosa va perdiendo su pureza y contaminándose con expresiones poéticas, efectistas y rebuscadas, aceptando elementos populares y arcaicos. Surge la reacción de algunos escritores, como el español **Quintiliano**, que intentan inútilmente restaurar el Latín Clásico y devolverle el brillo de otros tiempos.

Entre los más ilustres escritores de este período destacan los españoles **Séneca** (filósofo y poeta), **Lucano** y **Marcial**; sobresalen también el historiador **Tácito**, **Plinio el Joven**, **Petronio**, **Apuleyo**, **Juvenal**, y otros muchos.

4° **Latín tardío** (**bajo latín**). Desde el año 200 hasta la aparición de las lenguas **romances**.

Frente al proceso de descomposición del latín hubo algunas reacciones para detenerla y frecuentes intentos de retorno a los modelos clásicos. Tal es el caso de **Lactancio** (siglo IV), llamado el «*Cicerón cristiano*», el filósofo **Boecio** (sigloVI), el historiador **Amiano Marcelino** (siglo IV)

y el poeta **Claudiano** (hacia el año 400). Los autores cristianos más notables son el africano **Tertuliano** (hacia el año 200), su compatriota **San Agustín** (354-430) y el más grande de los Padres de la Iglesia, **San Jerónimo** (hacia 340-420), a quien se debe ***la traducción latina de la Biblia***, llamada «***Vulgata***».

En general, el nivel literario y gramatical de todo cuanto se escribe en el **Bajo Latín** va descendiendo gradualmente desde el siglo VI hasta la reforma carolingia, en el siglo VIII. *Esta reforma del latín, convertido ya en patrimonio de la Iglesia y de las minorías cultas, coincide con la aparición de las lenguas románicas.* En el **Concilio de Tours** (año 813) se confirma ya la existencia de una «***rustica Romana lingua***», a la que en lo sucesivo tendrán que traducir sus homilías los obispos para que lleguen al pueblo.

5° **Latín vulgar**. *Paralelamente al Latín Clásico se había ido desarrollando en Roma la lengua de la conversación*, empleada en sus relaciones humanas tanto por la gente culta como por el pueblo menos ilustrado. *Este **Latín Vulgar** se fue distanciando progresivamente de la lengua escrita.* Abarca la esfera familiar, la conversación corriente. **El *Latín Clásico*** quedaba reservado al **Senado, a la escuela, a la política**. No debemos considerar el **Latín Vulgar** como inferior al **Latín Clásico**. *Es simplemente la lengua de Roma*. **El Latín Literario**, en cambio, *es el lenguaje de los libros, de las escuelas, de la cultura*, pero el **Latín Vulgar** contiene todas las energías de una ***lengua viva***. La **Lengua Hablada**, *el más delicado instrumento utilizado por el hombre en el trato con sus semejantes, cambia incesantemente.* Por ello, el LATÍN VULGAR o LATÍN HABLADO fue evolucionando gradualmente hasta convertirse en lo que hoy denominamos **Lenguas Romances**, que, a su vez, han desarrollado formas literarias.

Apenas disponemos de testimonios fidedignos del **Latín Vulgar**, ya que el cincel del cantero que graba una inscripción o el trozo de yeso del que garrapatea en una pared, procuran adaptarse a los moldes de la lengua escrita. Testimonios más fieles nos aportan las inadvertencias ocasionales de algunos escritores, que nos revelan que su lengua usual se desvía de la literaria, que utilizan con poca naturalidad y soltura. ***Las Farsas Atelanas***, las ***Cartas, de Cicerón***, ***el Satiricón, de Petronio***, los escritores de temas técnicos, que tratan de transmitir información, sin pretensiones literarias ni estilísticas (Catón, Vitrubio, etc.), la ***Peregrinatio Aetheriae***, las inscripciones, las ***Tabelae defixionum***, los ***grafitti*** de Pompeya, los epitafios grabados en las tumbas de gentes humildes, las noticias de

los gramáticos y los autores de glosarios (**Appendix Probi**; glosas de **Reichenau**, siglos VIII o IX) nos informan sobre las características peculiares de este **Latín Vivo**[658].

Abundan en él los vulgarismos, como la reducción del diptongo *au* a o, la confusión de géneros, las faltas de declinación, la confusión de verbos activos y deponentes y de las construcciones «en donde» y «a donde»; el vocabulario queda salpicado de ruralismos, términos griegos, voces híbridas greco-romanas, etc.

3. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL LATÍN

El estudio del latín es de vital importancia para cualquier persona, pero con mucha más razón el estudio del latín jurídico debe serlo para el buen ***abogado*** por muchas razones. Sabemos desde la universidad, gracias al curso de **Derecho Romano**, que las instituciones civiles nacieron y se forjaron en Roma, siendo así como el ordenamiento civil contemporáneo ha recibido gran influencia del Derecho romano, que tiene su origen en la Ley de las XII Tablas, en los textos del Derecho Clásico como Las ***Institutas*** de Gayo, obras de los grandes jurisconsultos romanos como: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino, Marciano, etc. y el ***Corpus Iuris civilis*** de Justiniano; todas ellos escribieron en latín, la lengua oficial del Imperio Romano.

En la actualidad, el problema de estudiar el latín para los estudiantes de derecho y para los abogados, radica en no conocer la lengua en lo elemental, pero lo más trágico es el desconocimiento total de la pronunciación al momento de leer en alta voz un texto jurídico con expresiones latinas, o de emitir un informe oral en audiencia con principios o aforismos latinos. Podemos decir, que el latín no es una "lengua muerta" para el abogado, es una lengua en pleno vigor, lo que ocurre que muchas veces es ignorada[659].

Podemos señalar las razones que justifican el estudio y conocimiento del latín, las siguientes:

1) *El latín es la lengua madre del español y de las lenguas romances o románicas*. Por eso su estudio y conocimiento es fundamental para conocer a fondo nuestra lengua y cualquiera de las otras románicas y para ver las relaciones entre ellas.

[658] **SEGURA MUNGUÍA**, Santiago; Diccionario Etimológico Latino-Español, Primera edición, Ediciones Generales Anaya, Barcelona, 1985, pg. V y VI.

[659] MISARI TORPOCO, David Efraín; *Latín Jurídico*, Editorial San Marcos, E.I.R.L., Lima, 2011, pg. 5.

Quien sea capaz de conocer muchas palabras latinas, podrá comprender también otras de cualquiera le las *lenguas romances* como: ***francés, italiano, rumano, portugués, catalán y castellano***, y el aprendizaje de estas lenguas resulta muy simplificado para el estudiante que adquiere principios básicos de vocabulario y gramática latina. *Su estudio es imprescindible y fundamental paras conocer a fondo nuestro idioma castellano que se deriva del latín.*

2) *La civilización europea, instituciones, costumbres y tradiciones y cultura, tienen sus hondas raíces en Roma.* Nuestra cultura, en sus aspectos jurídicos, literarios, científicos y artísticos, es una consecuencia de una evolución de la cultura antigua.

3) *La literatura latina, rica y equilibrada* y muy humana, contiene cualidades y valores inapreciables para la formación humana: y han influido de modo indiscutible en los escritores y humanistas de épocas posteriores.

El latín ha servido durante muchos siglos de modelo literario a todas las lenguas de cultura, contiene cualidades y valores inapreciables para la formación humana; las cuales han influido de modo indiscutible en los escritores humanistas de épocas posteriores.

Entre los principios y valores humanistas que despierta el estudio del latín, podemos señalar[660]:

a. El valor de la amistad sentida y vivida plenamente.
b. La moderación y el equilibrio como ideal de vida, dotados de un fuerte sentido práctico.
c. El *otium* (frente al *negotium*) que posibilita la reflexión, el encuentro consigo mismo; el *otium* como modo de oposición a una vida deshumanizante y deshumanizadora.

4) Como la difusión del Cristianismo tuvo lugar durante la época de mayor apogeo en Roma, en donde San Pedro fijó la sede de la Cristiandad, en latín predicaron preferentemente los apóstoles. Por eso la **Iglesia Católica** *ha empleado el latín como lengua oficial* del Dogma y en sus documentos, cultos y liturgia[661].

Utilidad del estudio y conocimiento del latín. — *Son varias las razones que recomiendan el estudio del latín:* ***formales, pedagógicas*** y ***culturales****. Como el latín constituye la etapa primitiva de nuestro propio idioma*, su conocimiento es indis-

---

[660] MISARI TORPOCO, David Efraín; op. cit. pg. 9.

[661] PENAGOS S.J., Luis; *Gramática Latina*, 30 edición, Editorial "SAL TERRAE", SANTANDER, Bilbao, 1973, pg.7.

pensable para lograr una cabal idea de la estructura interior, de la formación del genio del español. Y no solamente el latín es base para el conocimiento de éste, sino también lo es para el estudio de idiomas extranjeros (francés, inglés, alemán, etc.).

Desde el *punto de vista pedagógico*, el estudio del latín es igualmente de un *valor inapreciable*. Puede decirse que por las mismas dificultades que presenta esta lengua, su estudio es educativo. El análisis riguroso que requiere la traducción del latín, desarrolla la capacidad intelectual del alumno, en lo que desempeña un papel análogo al del estudio de las matemáticas. *Su cultivo acostumbra a la síntesis, al orden, a la precisión y a la claridad.* Finalmente, el estudio del latín nos pone en contacto con un vasto tesoro cultural, el más apto quizás para despertar en el individuo el idealismo y las altas preocupaciones espirituales.

Como toda la civilización occidental —y por consiguiente también la nuestra— es deudora de la cultura romana, el latín ha sido siempre un ramo básico en la Segunda Enseñanza. *Es imprescindible para el estudio de la historia*, cuyas fuentes documentales, sobre todo en la Edad Media, son latinas; *para el derecho*, cuyas bases se hallan en el derecho y la legislación romanas; *para las letras*, ya que las literaturas modernas han recibido notorio influjo de la literatura latina, así como para el estudio de múltiples ciencias modernas, cuya nomenclatura revela elementos de la ***lengua del Lacio***[662].

4. LA CULTURA LATINA, CULTURA UNIVERSAL

El concepto original de *latinidad*, o propiamente dicho de *romanidad*, nace de la percepción de que la *cultura romana* hizo aportes sustanciales y duraderos a la cultura de la humanidad.

ROMA se ha construido como una sociedad político-militar articulada en un territorio inmenso habitado por pueblos de culturas y lenguas diversas, y ha legado al mundo la capacidad de organizar y administrar un gran imperio territorial sabiendo valorar el mestizaje y respetando las culturas autóctonas. Ha sabido organizarse como Estado con instituciones políticas, administrativas y judiciales que articularon y mantuvieron articulado durante varios siglos este conjunto humano. El **derecho romano** ha constituido un aporte profundamente novedoso en la historia de la humanidad y es una de las fuentes principales, si no en su esencia, la principal del derecho del mundo occidental. ROMA ha creado un cierto

[662] OROZ, Rodolfo; **LATÍN I**, Décima edición, EDITPORIAL KAPELUSZ S.A, Buenos Aires, 1982, pg. 1 a 3.

concepto de Estado fundamentado en nuevas instituciones y en un sistema de comunicación de vías y redes muy eficiente. Sus instituciones y prácticas políticas eran menos democráticas que las formas griegas, pero su capacidad organizativa para articular un gran territorio fue superior respecto a las exigencias anteriores. Tenemos, allí, las raíces de un Estado centralizador, fundamentalmente agrario, cuyas creaciones intelectuales testimonian de una cierta propensión a la abstracción y racionalidad.

Parte esencial de la filosofía, el arte, el *derecho*, la literatura e incluso la ciencia occidental tienen sus raíces y fuentes en las *culturas grecorromanas.*

En la medida en que están Homero en Virgilio, Menandro en Séneca, Demóstenes en Cicerón, Dioscórides en Juvenal, Aristófanes en Plauto, están Píndaro y Anacreonte en Horacio, latinizados admirablemente los griegos por el genio de Roma.

Horacio es el gran lírico. Ovidio es su segundo. Horacio casi descubre el valor estético del paisaje en poesía. Describiendo las estaciones, por ejemplo, el nacimiento de los hontanares, las campiñas cubiertas de rebaños, pinta paisajes con estrofas, lo que tampoco fue del todo inusitado en los líricos de Arcadia[663].

La creación del término y concepto de ***América Latina***, históricamente, **Arturo Ardeo** ha demostrado como **José María Torres Caicedo**, un ilustre escritor y diplomático hispanoamericano, nacido en Bogotá, en 1830, empezó a utilizar la expresión de "***América Latina***" desde 1851, año a partir del cual, salvo por cortas temporadas, radicó en París hasta sù muerte. Desde el inicio él tuvo conciencia de que esta denominación, que hacía referencia a las **Américas de lengua francesa, española y portuguesa** era científicamente correcta. *Según el mismo Ardao,* fue **Alejandro de Humboldt** quien por primera vez prefiguró la idea del carácter "*latino*" de *América meridional* aunque no usa la expresión, y es el dominicano **Francisco Muñoz del Monte** a quien hay que atribuir la primera percepción en toda su extensión del carácter "*latino*" de **América Latina** en oposición a la **América Sajona.**

Pero el ser profundo de **América Latina**, también, íntimamente marcado por las culturas prehispánicas, su sobrevivencia y adaptación a condiciones históricas radicalmente nuevas. Está, también hondamente influenciado por los aportes de la cultura negra y más recientemente por las culturas asiáticas, la china y la japonesa en particular. No hay continente que aglutine más pueblos tan diversos

[663] HORACIO; *Odas y Epodos*, Casa de la cultura Ecuatoriana, Quito, 1955, pg. 12.

llegados en olas sucesivas; no hay continente que, tal vez por este motivo, se interrogue más sobre su identidad, su ser profundo[664].

Llama el Dr. **Leopoldo Chiappo**, a las palabras *latinas* o *de raíz latina*, ***latinismos***. *Es el latín el habla de la razón, de la claridad y de la excelencia.* Atribuye como rasgos esenciales y principales de la **cultura latina**: *claridad, racionalidad, elocuencia, sublimidad, grandeza, elevación, sobriedad, austeridad, dulzura, sencillez, síntesis, concentración breve de la significación, educación superior del hombre.*

Para **Dante** la "*cultura latina*" es la cultura de fundamento y cultura nutricia de *claridad, sublimidad* y *grandeza.*

Rasgos Distintivos del Latino.- Refiere **Francisco Miro Quesada C.**, que cuando se habla de identidad de un pueblo o de un conjunto de pueblos, hay que ser prudente. Aunque es posible encontrar algunos rasgos característicos no es nada fácil, y hasta tal vez sea imposible encontrarlos todos. Por otra parte, es posible que un rasgo que nos parezca importante, no sea sino una cualidad de importancia secundaria. Cree que los rasgos de la civilización latina son los siguientes: *universalidad, libertad, claridad, sociabilidad y vocalidad.*

Universalidad.- La universalidad es una característica fundamental de la civilización. En su evolución histórica se revela un sentido del *valor universal de su cultura*. Las conquistas romanas tienen un componente misional. Por eso, siempre que conquistaron, *romanizaron*. Pero, y esto es muy importante, *se trató siempre de una universalidad que permitía la diversidad.* Cuando Roma hacía una nueva conquista, inducía al pueblo sometido a adoptar las leyes y las instituciones romanas, pero respetando escrupulosamente la cultura sometida, en especial su religión. En este sentido, la universalidad romana fue muy profunda, porque sólo lo verdaderamente universal admite en su seno las diferencias. Conforme pasaba el tiempo, cuando la nación conquistada se había romanizado suficientemente, la incorporación al Imperio y se transformaba en una *nueva provincia romana.* Este proceso de universalización no se detuvo nunca y culminó cuando el emperador **Antonino Caracalla** en el año 212 por la célebre ***Constitutio Antoniniana***, concedió la ciudadanía a todos los hombres libres del inmenso territorio gobernado por Roma. Desde ese momento todos gozan, de los mismos derechos y garantías que protegen al ciudadano romano.

[664] Texto tomando de un fragmento del que la señora **Joëlle Hullebroeck** leyó el 4 de mayo de 1994 conmemorando los 40 años de la **Unión Latina** creada el 15 de mayo de 1954 en Madrid.- Véase Suplemento Dominical del Diario El Comercio del 22 de mayo de 1994, pg. 8.

Libertad.- En toda universalidad auténtica hay un trasfondo de racionalismo. Porque la universalidad es una nota constitutiva de la racionalidad. Por tanto, que un imperio se extienda a través de países y naciones, no significa que sea universal.

Mas, cuando se procede de manera racional, es imposible no tender hacia la universalidad. Un conocimiento racional debe ser igual para todos, de otra manera no es conocimiento. Y lo mismo puede decirse de los principios éticos. Los romanos, conforme avanzaban en la historia, iban tomando conciencia de que los principios que inspiraban sus leyes eran los que la razón exigía. Por eso, el **Derecho romano** ha influido de manera decisiva en la historia de la humanidad. Los decretos de los pretores, los análisis de sus grandes jurisconsultos, **Gaius**, **Paulus**, **Celsus**, **Papiniano**, **Ulpiano**, **Cicerón** y otros, el ***Código Jutiniano***, han contribuido a racionalizar la historia y, en consecuencia, ha humanizarlas. Por eso, se descubre en la evolución de Roma una marcha sin desvío hacia la libertad. *Sin un sistema justo de leyes no se puede ser libre*. Mas, para ello, las leyes deben garantizar los derechos individuales, deben oponerse a la opresión.

Conforme el Imperio Romano se iba universalizando, la condición de los esclavos se iba haciendo cada vez menos dura. Muchos de ellos llegaban a ser administradores de los bienes del patrón, profesores de sus hijos o, en caso de que fueran mujeres, damas de compañía o leales confidentes de sus amas; en general, ejercían funciones que no eran nada humillantes. *La libertad, pues, aumentó enormemente en el decurso de la historia romana*.

Con el **Tribunado**, el pueblo romano, la "*plebs*", se encamina hacia la libertad desde los primeros tiempos de la República. *Racionalidad, universalidad, libertad, democracia*, he aquí el grandioso legado de Roma a la humanidad entera.

Sociabilidad.- Para una sociedad puede estar inspirada en la razón y la libertad sin que sus ciudadanos sean sociables. El carácter de las relaciones interpersonales depende, en buen grado, del temperamento. *Y el temperamento romano era altamente comunicativo. El romano es hombre de Foro, de plaza pública, de arengas multitudinarias*. Y este carácter ha sido heredado por los países que estuvieron en el ámbito de la civilización latina.

Claridad.- Los grandes pensadores romanos, como **Lucrecio Caro**, **Cicerón**, **Séneca**, y **Marco Aurelio**, son de una claridad diamantina, pero la claridad latina no sólo se encuentra en el **Derecho** y la **Filosofía**. Se encuentra en algo que es fundamental en relación a toda cultura: ***la escritura***. *De todos los alfabetos que se ha utilizado o se siguen utilizando en el mundo, no hay ninguno que sea comparable, ni de lejos, al latino*. El alfabeto griego es elegante y claro, pero es menos simple.

Vocalidad.- Por último, creemos que una característica del lenguaje latino y de todos los idiomas románicos que provienen de él, *es el predominio de las vocales sobre las consonantes*. Por eso, los lenguajes romances son tan sonoros y tan agradables a los oídos.

El Lacio Cuna de la Civilización.- si se estudia el modo como una civilización irradia sus contenidos, se observa que ella es muy variable. Cuando se analiza la velocidad y el alcance de la expansión de una cultura, se llega, rápidamente, a la conclusión de que la civilización que se ha expandido con mayor rapidez y ha alcanzado una mayor extensión es la civilización latina. La civilización del mundo occidental nace en el Mediterráneo, en una pequeña parcela de tierra. De allí se extiende a toda Europa. Y de Europa conquista el mundo. Por tal motivo, hoy afirmamos con orgullo que Roma asentada en el valle del *Latium*, puede ser llamada la civilizadora universal[665].

5. PRONUNCIACIÓN ROMANA ACTUAL DEL LATÍN[666].

Escritura	*Pronunciación*	*Escritura*	*Pronunciación*
ae, oe	e	*laetum, poena*	letum, pena
ce, ci, cae, coe	ch	*Cicero*	Chichero
ch	k	*machina*	makina
ge,gi,gae,goe,gy	y fuerte	*regina*	reyina
gn	ñ	*agnus*	añus
gu	gü siempre	*sanguis*	sangüis
i, j	i	*Jesus*	Iesus
11	1-1 (dos eles)	*bellum*	bel-lum
ph	f	*tryumphus*	triumfus
qu	qü	*neque*	neqüe
sce,sci,scae,scoe	x gallega	*Francisce*	Franchixe

[665] FRANCISCO MIRO QUESADA C. *¿Qué significa ser latino?*, Dominical del Comercio del 22 de mayo de 1994, pg. 12 y 13.

[666] PENAGOS S.J., Luis; op. cit. pg. 10.
SCHNITZLER, Hermann; **LATÍN**, Vigésima segunda edición, EDITORIAL HERDER, Barcelona, 1982, pg. 3 a 5.
CERVANTES IBARROLA, Salvador; **LATÍN**, 2da. Edición, Lima, pg. 3.

ti	tsi si sigue vocal	*oratio*	oratsio
	ti si precede s, t, z	*quaestio*	cuestio
v	u francesa	*virgo*	virgo
xce,xci,xcae,xcoe	sch	*excelsus*	eschelsus
Las consonantes dobles, se pronuncian las dos.			ac-cipere

6. SELECCIÓN DE LOCUCIONES Y ADAGIOS LATINOS

A	
A posteriori	Posteriormente.
A priori	Anteriormente.
A quo	Del cual.
Ab initio	Desde el principio o comienzo.
Ab intestato	Sin hacer testamento.
Aberratio	Desvío; apartamiento.
Abolitio generalis	Amnistía general.
Abolitio publica	Amnistía pública.
Abolitio specialis	Amnistía especial.
Abrogatio	Abrogación; abolición; supresión.
Abruptio cursus praescriptionis	*Interrupción del curso de la prescripción.*
Absens	Ausente.
Abusus	Abuso; mal uso.
Acceptilatio	Extinsión de deuda *ipso iure* contraída por *stupulatio.*
Acceptum	En los antiguos *codex*, lugar donde se asentaban las entradas.
Accessio cedit principali	Lo accesorio se incorpora a lo principal.
Accessio possessionem	Accesión o unión de posesiones.
Accessorium sequitur naturam rei principalis	Lo accesorio sigue la naturaleza de la cosa principal.
Accipiens	El que recibe
Accretio	Crecimiento; aumento.
Accusatio	Acusación; *delación.*
Accusator	Acusador; *delator.*
Acta	Decretos; protocolos; informes; disposiciones; hoja o *documento oficial.*

Acta forensia	*Actas judiciales.*
Acta publica	*Registros o archivos públicos.*
Actio	Acción; ejecución; desempeño; demanda, pleito.
Actio ad exhibendum	Acción para hacer exhibir o mostrar cualquier objeto que se ha hurtado, hecho desaparecer o destruido de mala fe.
Actio aquae pluviae arcendae	Acción del propietario de un fundo rústico, contra el vecino que ha alterado el curso natural de las aguas de lluvia.
Actio arboribus caedendis	Acción del propietario de fundo rústico, para obligar al vecino a cortar los ramajes o raíces que invaden el suyo.
Actio bonae fidei	Acción de buena fe.
Actio communi dividundo	*Acción tendiente a la partición de la cosa común* (tenida en condominio por dos o más personas).
Actio comodati vel depositi	Acción de comodato o de depósito.
Actio conducti	Acción concedida al locador contra el locatario o conductor.
Actio damni infecti	*Acción que compete al vecino de un edificio que amenaza ruina*, contra su propietario.
Actio de partu agnoscendo	*Acción de reconocimiento de un hijo nacido después del divorcio*, que la mujer tiene contra su marido.
Actio doli	Acción de indemnización en caso de actos dolosos que causen perjuicio a alguien.
Actio empti aut venditi	*Acción nacida de una compra o venta.*
Actio ex testamento	Acción concedida al *legatario contra el heredero*, para obtener de éste la ejecución del legado.
Actio exercitoria	Acción concedida *contra el padre o amo*, por obligaciones contraídas por sus hijos o esclavos puestos por aquél al frente de una nave.
Actio familiae erciscundae	*Acción de partición de herencia* o de un bien de familia.
Actio fiduciae	Acción concedida al que ha entregado una cosa con *pacto de fiducia*, para obtener su restitución.
Actio finium regundorum	*Acción tendiente a la exacta demarcación de límites* entre dos propiedades limítrofes.
Actio in factum concepta	Acción fundada en *simples hechos.*
Actio in jus concepta	Acción fundada en una norma reconocida y sancionada por el ordenamiento legal.
Actio in rem	Acción que tiene por objeto la protección de un derecho real.

Actio in rem confesoria	Acción que tiene por objeto la *reivindicación de una servidumbre* que grava un bien inmueble.
Actio in rem negatoria	Acción tendiente a hacer declarar un fundo libre de toda servidumbre.
Actio in rem scripta	Acción que se emplea para *reivindicar* como propia una cosa mueble o inmueble, o para reclamar sobre ella un derecho de propiedad, usufructo, uso o servidumbre.
Actio in rem verso	Acción derivada de un *cuasicontrato*, que impide a una persona enriquecerse sin causa legítima a costa de otro.
Actio institoria	*Acción concedida contra el padre o amo*, por obligaciones contraídas por sus hijos o esclavos, puestos por aquél al frente de un comercio.
Actio judicati	Acción que tiene un *acreedor contra su deudor moroso*, a fin de ejercer Su *manus* sobre él.
Actio locati	Acción concedida al locatario o conductor, contra el locador.
Actio pauliana	*Acción que se otorga a los acreedores, para dejar sin efecto los actos fraudulentos cometidos en su perjuicio por sus deudores.*
Actio peculium	Acción concedida contra el padre o amo, por obligaciones contraídas por sus hijos o esclavos, que poseyendo un peculio, lo dediquen al comercio, sin consentimiento de aquél.
Actio petitio hereditatis	*Acción de petición de herencia.*
Actio pro actio	*Ejercicio de una acción por otra.*
Actio quae pro reivindicatione est	*Acción que se da para la reivindicación de una cosa o de la propiedad.*
Actio quanti minoris	*Acción que se otorga a una de las partes en los contratos onerosos, para obtener una disminución en el precio, proporcional a los vicios o defectos ocultos de la cosa.*
Actio quod iussu	Acción concedida contra el padre o amo, por obligaciones contraídas por sus hijos o esclavos que han celebrado un contrato por expresa orden de aquél.
Actio quod metus causa	Acción *concedida a la persona que ha sido víctima de violencia en la ejecución de un acto o contrato*, para obtener su anulación, o la restitución de lo dado, en caso de haberse ejecutado.
Actio recuperandae possessionis	*Acción de recobrar la posesión perdida.*
Actio redhibitoria	*Acción concedida al comprador para dejar sin efecto el contrato*, por vicios inherentes a la naturaleza del objeto.
Actio rei uxoriae	*Acción para obtener la restitución de la dote*, sólo se otorga en favor de la mujer.

Actio reivindicatio	Acción de reivindicación concedida al desposeído ilegítimamente de algo.
Actio sacramenti	*Acción de prestar juramento.*
Actio sepulchri violati	Acción de *violación de tumba* o sepultura.
Actio tibi dico	Acción tendiente a obtener la ejecución de una promesa de dote (***tibi dico***).
Actio tributoria	Acción concedida contra el padre o amo, por obligaciones contraídas por sus hijos o esclavos, que poseyendo un peculio lo destinan al comercio, sin oposición de aquél.
Actio utilis negotiorum gestorum contraria	*Acción cóncedida al gestor de negocios, para hacerse restituir las mejoras realizadas en favor del dueño.*
Actio vectigalis	Acción pretoria, real, ***in factum***, *creada a favor del arrendatario a perpetuidad* o a largo plazo de un fundo propiedad del Estado, municipio o corporación religiosa.
Actio venditi	Acción *dada al vendedor de una cosa*, para exigir del comprador el precio de ella.
Actioni non natae, non praescribitur	*La acción que aún no ha nacido no puede prescribir.*
Actore incumbit onus probandi	*Al actor corresponde el cargo de la prueba.*
Actore non probante, reus absolvitur	*Si el, actor no prueba su pretensión, el reo o demandado es absuelto.*
Ad corpus	Por cuerpo.
Ad hoc	Para un caso determinado o excepcional
Ad libitum	Según gusto o capricho.
Ad litem	Para el proceso o para el pleito (como cuando se da un mandato ***ad litem***, es decir, para intervenir, en un proceso).
Ad mensuram	Por medida.
Ad nutum	A voluntad.
Ad probationem	Por o para la prueba.
Ad quem	Hacia el que.
Ad referendum	Sometido a la aprobación de.
Ad solemnitatem	Formalidades exigidas para la validez de un acto jurídico; su inobservancia hace a éste inexistente.
Ad sustinenda matrimonii onera.	*Para soportar las cargas del matrimonio.*
Ad utendum	Para el uso.
Addictio	*Adjudicación.*
Adipiscendae possessionis causa	Para adquirir la posesión.

Adjudicatio	Adjudicación hecha en un litigio de partición.
Adoptio	Adopción.
Adulterium	Adulterio.
Adversus bonos mores	*Contra las buenas costumbres.*
Advocatus	*Abogado*; asistente de un litigante.
Aedificatio	*Edificio o construcción.*
Aequitas	Ecuanimidad; *equidad;* justicia; rectitud; igualdad.
Aerarium	Erario; tesoro público.
Aes rudem	Cobre en bruto.
Aestimatio	*Tasación*; valuación; apreciación.
Affectio societatis	Ánimo o intención de formar una sociedad.
Affectus furandi	*Intención o ánimo de dolo.*
Ager	*Campo; heredad; región; comarca.*
Ager privatus	*Campos privados* o pertenecientes a una persona.
Ager publicus	*Campos del pueblo o del dominio público.*
Agnatio	Agnación o parentesco civil o por parte de padre.
Agnatus	*Pariente por parte del padre.*
Agnomen	Sobrenombre.
Agri occupatorii	Campos abandonados y ocupados por otros.
Album judicium	*Lista de jueces.*
Alibi natus	*Nacido en otro lugar.*
Alieni juris	*Personas sometidas al poder y voluntad de otras.*
Aliud pro alio	*Una cosa por otra.*
Allegatio falsi	Falsa declaración.
Alluvio	Aluvión.
Alterius detrimento	*En detrimento de otro.*
Altius non tollendi	*Servidumbre de no construir a más altura de la estipulada.*
Amicitia	*Amistad*; familiaridad.
Amicus	Amigo.
Animo divisionis	Con ánimo de partir o dividir.
Animo donandi	Con intención de donar.
Animo injuriandi	*Con intención de perjudicar.*
Animo judicio	Con ánimo de juicio.
Animo lucri faciendi	*Con ánimo de obtener un beneficio.*

Animo nocendi	*Por espíritu de causar daño.*
Animo novandi	Con intención de novar.
Animus	*Ánimo; intención.*
Animus consulendi	Ánimo o voluntad de aconsejar.
Animus contrahenda societatis	Intención de formar sociedad.
Animus corrigendi	*Ánimo o voluntad de corregir.*
Animus defendendi	*Ánimo o voluntad de defender.*
Animus dominii	*Intención de ser propietario.*
Animus donandi	Ánimo o intención de hacer una donación.
Animus et factum	La intención y el hecho.
Animus injuriandi	*Ánimo o voluntad de injuriar.*
Ammus jocandi	*Ánimo o propósito de hacer una broma.*
Animus necandi	*Ánimo o propósito de causar la muerte.*
Animus nocendi	Ánimo o voluntad de causar un daño.
Animus novandi	Ánimo o intención de realizar una novación.
Animus rem sibi habendi	Intención de poseer o de tener una cosa para sí.
Annus	Año.
Annuus	Anual.
Antiquitas	Antigüedad.
Appellatio	Denominación; nombramiento; *apelación* o acto de apelar a los tribunales.
Aquaeductus	Acueducto; conducto de aguas.
Arbitriun	*Arbitrio*; deliberación; decisión; dictamen; juicio de árbitros.
Arboreus	Perteneciente a los árboles.
Argentaria	*Banca casa de cambio; banco.*
Argentarius	*Banquero*; cambista.
Argenteus	Moneda o denario de plata.
Argumentum a pari	Argumento de lo semejante.
Argumentum a posteriori	*Argumento por consecuencia.*
Argumentum a priori	Argumento anterior a las consecuencias.
Argumentum ad hoc	*Argumento especial.*
Assertio	*Declaración de libertad*; declaración expresa.
Auctoritas	Autoridad; crédito; reputación.
Auctoritas patrum	*Ratificación del Senado, de las leyes vota das en los comicios.*

Auctoritas tutoris	Autorización del tutor.
Auctoritatem imponere	*Conceder autorización.*
Augur	Augur; agorero; *adivino.*
Augurium	*Observación del vuelo y canto de las aves.*
Aureus	*Moneda de oro romana* equivalente a cien sextercios (sestertius); de oro; dorado; de color de oro.
Auspicium	Auspicio; agüero; observación de los pájaros.
Avarus	Avaro; avariento.
B	
Barbaria	Territorio extranjero.
Barbaricus	*Extranjero*; no romano ni griego; extraño.
Barbarus	*Bárbaro*; todo extranjero respecto de los romanos y los griegos.
Bellum	*Guerra; batalla*; lucha; disputa.
Benigna juris interpretatione	*Libre interpretación de la ley.*
Blandis orationibus	*Palabras amables o lisonjeras.*
Bona	Riquezas; *bienes.*
Bona adventitia	*Peculio de propiedad del hijo, formado por los bienes heredados de su madre.*
Bona fidei	Buena fe.
Bona vacantia	*Bienes vacantes.*
Bonorum distractio	*Venta al detalle, de los bienes del deudor remiso.*
Bonorum possessio	*Sucesión según el derecho pretoriano.*
Bonorum possessio contra tabulas	Posesión de los bienes contra lo establecido en el testamento.
Bonorum possessio unde liberi	Posesión de los bienes de los infantes.
Bonorum possessio unde vir et uxor	Posesión de los bienes del marido y de la esposa.
Bonorum possessor	Heredero por bonorum possessio.
Bonorum separatio	Separación de patrimonios o de bienes.
Bonorum venditio	Venta en masa de los bienes del deudor remiso.
Bonus paterfamilias	*Un buen padre de familia.*
Breviarium	*Epítome; compendio; resumen.*
Brevis temporis	*De corta duración.*

C	
Caelebs	Célibe; soltero.
Caeles	*Celestial; celeste.*
Calendae	*Las calendas, primer día de mes.*
Calendarium	Libro de cuentas de los comerciantes.
Calumnia	Calumnia; falsa denuncia.
Canon	*Canon; regla; medida.*
Capite minutus	Persona que ha sufrido una *capitis deminutio.*
Capitis deminutio	*Muerte civil o privación de los derechos de ciudadano,* de familia o de la libertad.
Captivus	Cautivo; prisionero de guerra; capturado; apresado.
Carcer	*Cárcel; prisión.*
Casum sentit dominus	*El propietario soporta los riesgos o el caso fortuito.*
Casus belli	*Caso de guerra.*
Causa proxima actionis	*Causa inmediata a la acción.*
Causae causarum	*Causa de las causas.*
Causae probatio	*La prueba de la causa.*
Causam usucapionis habere	*Derecho de prescribir.*
Cautio	Garantía; seguridad; precaución.
Cautio judicatum solvi	*Caución que debe prestarse para saldar los gastos de toda proceso.*
Censor	Censor; crítico; magistrado que tiene a su cargo efectuar los empadronamientos y vigilar o inspeccionar la moralidad pública, con autoridad suficiente para imponer castigos.
Census	Censo; empadronamiento.
Centumvir	*Centunviros*; jueces de las causas privadas; decuriones y magistrados de los municipios y colonias.
Centuria	Centuria; compañía de cien soldados; una de las 193 circunscripciones en que se dividían los ciudadanos romanos para las votaciones en los comicios centuriados.
Cerarium	*Impuesto por derecho de sello.*
Certis verbis	Palabras solemnes.
Cessante causa, cessat effectus	*Desaparecida la causa, los efectos cesan.*
Cives	Ciudadano.
Civitas	*Derecho de ciudadanía; ciudad*; población; comunidad; municipio.

Clepta	*Ladrón.*
Cliens	*Cliente*; sujeto a señor que le protege.
Clientela	*Protección de una persona a otra.*
Coactus	Fuerza, coacción; violencia.
Codex	Libros de entradas y salidas de mercaderías.
Coemptio	Forma de matrimonio en la que el varón hacía una compra aparente de la mujer.
Cognati quasi una communiter nati	Los cognados son parientes que reconocen un origen o ascendencia común.
Cognatio	*Parentesco consanguíneo; parientes.*
Cognatio servilis	*Especie de parentesco entre los esclavos, originado en el contubernium.*
Cognatus	*Pariente por consanguinidad.*
Cognitio	*Conocimiento*; discernimiento; concepto.
Cognitio extronrdinaria	*Instancia o judicio extraordinário que se compone de una instancia única.*
Cognitor	*Fiador; garante.*
Cognomen	Nombre indicador de la família a que pertenece un individuo.
Coheres	*Coheredero.*
Collatio bonorum	Colección de bienes (volver a traer o traer de alguna parte una cosa que se había llevado).
Collatio dotis	Colación de dote (volver la dote al patrimonio propio de la mujer).
Collegia opificum	*Colegios o corporaciones de artesanos.*
Collegium	*Cuerpo; gremio; comunidad; colegio; asociación.*
Colonus	*Agricultor; arrendador; colono.*
Comitatus	*Asamblea del pueblo.*
Comitio	Celebrar los comicios.
Comitium	*Comicio; asamblea del pueblo romano.*
Commercium	*Comercio; negociación*; derecho de realizar los actos jurídicos del derecho quiritario.
Commune	Bien público o de la comunidad; para el bien común.
Communio	*Comunión; sociedad; unión.*
Communio pro indiviso	*Bien indiviso perteneciente a varios comuneros o condóminos.*
Communitas	*Comunidad*; unión; espíritu colectivo.

Compensatio	Compensación.
Concilia plebis	*Consejos o asambleas plebeyas.*
Concubina	Concubina; manceba.
Concubinatus	Concubinato; amancebamiento.
Concubinatus est licita consuetudo causa non matrimonii	El concubinato es la unión lícita de un hombre y una mujer, paro no implica matrimonio.
Concubinus	Concubinario.
Condemnatio	Condenación.
Condemnator	Condenador; acusador.
Condemno	Condenar; sentenciar.
Condictio (acción)	*Acción tendiente a la restitución de cosas*, que sin razón justificada han pasado de la posesión de una persona, a la de otra, recibiendo en las diversas hipótesis distintos nombres.
Condictio certi	Acción personal por la cual una persona sostiene que otra está obligada a dar o hacer una cosa determinada en su favor.
Condictio furtiva	Acción personal por la cual el propietario de una cosa robada sostiene que el ladrón está obligado a darle o transferirle otra cosa en propiedad.
Condictio incerti	Acción personal, indeterminada; el monto de lo demandado se establece al finalizar el juicio.
Condictio indebiti	*Acción personal tendiente a obtener la repetición de lo pagado indebidamente.*
Condictio sine causa	*Acción personal sin causa.*
Conditio sine qua non	*Condición esencial o intangible.*
Condonatio	*Condonación; donación; largueza.*
Conductio	Alquiler; arrendamiento; conducción; acto de conducir.
Confarreatio	Ceremonia de los casamientos entre los patricios romanos, en la que ofrecían ante diez testigos y el Pontífice Máximo, una oveja y un pan hecho de farro a Júpiter.
Confessio	Confesión; declaración.
Confessio est probatio probatissima	*La confesión es la prueba por excelencia.*
Confecesio in jure	Reconocer un hecho o derecho en juicio.
Confessus	EL que ha confesado.
Confiscare	Confiscar; adjudicar al Fisco.
Connubium	*Derecho de contraer matrimonio según el derecho civil.*

Consensus	Unanimidad; acuerdo; *consentimiento*; convenio; estipulación.
Consensus mariti	Consentimiento del marido.
Consensus omnium	*Acuerdo de todos o consentimiento universal.*
Consensus tutoris	Consentimiento del tutor.
Consilium	Deliberación; consejo de personas; reunión; dictamen.
Consuetudo	*Uso; costumbre.*
Consuetudo mercatorum	*Costumbres del comercio.*
Consul	Cónsul; nombre de los dos supremos magistrados de Roma, en época de la República.
Continuatio possessionis	*Continuidad de la posesión*
Contra naturam	*Contra la naturaleza.*
Contra officium pietatis	Contra un deber de piedad.
Contractum litteris	*Contratos solemnes, concluidos por escrito.*
Contractum re	*Contratos reales.*
Contractum solo consensu	*Contratos consensuales.*
Contractum verbis	*Contratos solemnes, concluidos verbalmente.*
Contractus trajecticiae pecuniae	Contrato a la gruesa.
Contrarium actum	*Acto contrario.*
Contubernium	Cohabitación; simples uniones sexuales no protegidas por las leyes.
Contumax	Rebelde; tenaz; obstinado; constante; litigante declarado rebelde.
Convocatio	Llamamiento; convocación.
Corporalis possessio	Posesión corporal.
Corpus	Cuerpo; cadáver.
Corpus delicti	Cuerpo del delito.
Corruptio	Corrupción; depravación; soborno.
Corruptus	Corrompido; sobornado; alterado.
Crassa et supina negligentia	Grave negligencia.
Creditor	Acreedor.
Creditum	Crédito.
Crimen abigeatus	Robo de ganado.
Crimen annonae	Impedir la circulación de provisiones o acapararlas.
Crimen proditorium	Delito de traición.

Crimina capitalia	Crimen capital o delito más severamente penado (generalmente referido al homicidio o la traición).
Cuique suum tribuere	Dar a cada uno lo suyo.
Culpa lata	*Culpa grave.*
Culpa late dolo aequiparatur	La culpa grave se halla equiparada al dolo.
Culpa late dolus est	*La culpa grave es dolo.*
Culpa levis	*Culpa leve o falta ligera.*
Culpa levissima	*Falta muy ligera o culpa muy leve.*
Cultus	Culto; adoración; cultivo; plantación.
Cum duas personas sustineat, defuncti et propriam	El heredero representa dos personas: la del difunto y la propia.
Cum honore et onere	Con sus honores y sus cargas.
Cum manu	Bajo poder.
Cum voluero	*Cuando yo lo quiera.*
Curator	Curador; procurador; administrador; mayordomo
Curia	Curia; senado; lugar de reunión.
Curialis	*De la curia; que es de la misma curia.*
Curio	Sacerdote de las curias.
CH	
Chirographa	*Documento firmado por el deudor.*
D	
Damnatio	Condenación.
Damnatus	Condenado; criminal.
Damni infecti	*Dañó, perjuicio o pérdida eventual.*
Damnum	Daño; detrimento.
Damnum emergens	*Daño emergente.*
Damnum injuria datum	Daño o perjuicio causado sin derecho.
Damnum injuria sine jure datum	Daño causado sin derecho y sin razón.
Damnum injustum	Daño injusto.
Dare	Dar; entregar una cosa en propiedad, y por tanto, un derecho real de dominio sobre ella.
Dare re pro re	*Dar una cosa por otra.*
Datio	Acción de dar; derecho de disponer de sus bienes.
Datio dotis	Donación de dote.

Datio in solutum	Dar en pago o dación en pago; pago de una cosa por otra.
Datio successionis	Dar o dejar por sucesión.
Datum	*Don; dádiva; regalo.*
De audito	De oído.
De cujus	Persona de cuya sucesión se trata; causante.
De damno vitando	Un perjuicio a evitar.
De facto	*De hecho.*
De jure	*De derecho.*
De jure condendo	Derecho que debe crearse.
De lege ferenda	*Como la ley debiera ser.*
De manu ad manum	*De mano a mano* (donación de mano a mano).
De petitione hereditatis	De petición de herencia.
De suo	*Suyo.*
De tempore ad tempus	*De un tiempo a otro*; de una circunstancia a otra circunstancia.
De visu	Visual; a la vista.
Debitor	Deudor.
Debitor is qui debit	El deudor es el que debe.
Debitum	*Deuda.*
Debitum pro debito	*Una deuda por otra.*
Decemviralis	Relativo a los decenviros.
Decemviri	*Decênviros; magistrados romanos.*
Declaratio	Declaración; manifestación.
Decuria	Decuria; grupo de diez soldados.
Deditičius	Rendido; entregado.
Deductio	Evicción; saneamiento; descuento; rebaja.
Defensor	Defensor; abogado.
Defensoris civitatis	*Defensores de la Ciudad.*
Defensoris plebis	*Defensores del pueblo.*
Deficiente conditione	Condición no cumplida.
Defunctus	*Muerto; difunto.*
Delatio	Delación; acusación.
Delator	Delator; acusador.
Delatus	Acusado.
Delectio	*Evicción; expropiación; desposesión.*

Delegatus non potest delegare	El delegado no puede subdelegar.
Demens	Demente; loco.
Dementer	*Sin juicio.*
Demonstratio	*Prueba; demostración.*
Denarius	Moneda de plata de los romanos, equivalente a diez ases.
Depeculatus	*Robo.*
Depositum miserabile	*Depósito necesario.*
Depravatio	Corrupción; alteración.
Derelictio	*Abandono.*
Desponsare	Prometer en matrimonio.
Detrimentum	Daño; perjuicio.
Dicat testator est lex	*La palabra del testador es ley.*
Dictator	Dictador; magistrado supremo entre los romanos; se establece únicamente en tiempos de crisis.
Dictatura	Dictadura.
Dictio dotis	Constitución solemne de dote.
Dies	Día.
Dies fasti	*Días fastos o de audiencia.*
Dies feriati	*Días feriados.*
Dies festi	*Días de fiesta.*
Dies judiciarii	Días judiciales.
Dies nefasti	*Días no fastos,* en los cuales la acción de la justicia se halla suspendida.
Dies utiles	Días útiles o no feriados.
Dies venit	*El día ha llegado.*
Dignitas	*Dignidad.*
Dilapidare	Malgastar; derrochar; dilapidar.
Discrepatio	Disentimiento.
Distractio	*Desunión; división.*
Distractio bonorum	*Venta de los bienes del deudor, al detalle.*
Dividuus	Dividido; separado; divisible.
Divinitas	Divinidad; deidad.
Divisio	División; reparto; distribución.
Divisio in partes quotas	*División o partición intelectual.*
Divisio inter amicos	División o partición amigable.

Divortium	Divorcio; ruptura; separación.
Divulgatio legis	*Promulgación de la ley.*
Do ut des	Doy para que des.
Do ut facias	Doy para que hagas.
Doctor	*Maestro; profesor.*
Doctrinae prudentium	*Doctrina de los jurisconsultos.*
Doctrix	Maestra.
Documentum	Documento; testimonio; prueba.
Dolus	Dolo; fraude; trampa; engaño.
Dolus bonus	*Dolo bueno.*
Dolus malus	Dolo malo o intención fraudulenta.
Damesticus	Doméstico; perteneciente a la casa.
Domicilium	Domicilio; morada; mansión.
Domina	Dueña; señora.
Dominium	*Propiedad; dominio; señores.*
Dominium ex jure quiritium	*Propiedad según el derecho quiritario.*
Dominus	Amo; dueño de casa; señor; tirano.
Dominus dotis	Propietario de la dote.
Dominus litis	Dueño o señor de un proceso o litigio.
Dominus negotii	Propietario o dueño de un negocio.
Domus	*Caşa; hogar.*
Donare est perdere	*Donar es perder.*
Donatio	Donación; don; regalo; dádiva.
Donatio propter nuptias	Donación hecha por el marido, o un tercero a la mujer, por causa de matrimonio.
Dotalis	Dotal; perteneciente a la dote.
Dotare	Dotar.
Dotatus	*Ricamente dotado.*
Dote profecticia	*Dote constituida por el padre.*
Dubitabilis	Que se puede poner en duda.
Dubitare	Dudar; poner en duda.
Dubitatio	Duda; incertidumbre; hacer nacer la duda.
Duplex	Doble.
Dura lex, scripta tamen	La ley es dura, pero ella está escrita y por tanto existe.
Duumviri	Magistrados romanos.

E	
Ea res facti non juris est	*Es una cuestión de hecho, no de derecho.*
Eedem est ratio	*Existe la misma razón.*
Ebrius	Borracho; embriagado.
Edictuum aedilitium	Edicto sancionado por los ediles curules, sobre cuestiones municipales.
Edictuum peregrinum	*Edicto sancionado por el pretor peregrino.*
Edictuum perpetuum	Conjunto de normas dictadas por el pretor al asumir sus funciones; duraba un año.
Edictuum repentinum	Edicto sancionado para salvar casos urgentes, no previstos en el edictum perpetuum.
Edictuum urbanuum	*Edicto sancionado por el pretor urbano.*
Electio	Elección.
Electus	*Elegido; distinguido.*
Emancipatio	Emancipación; liberación de la potestad paterna.
Emolumentum	*Utilidad; provecho; ganancia.*
Emphyteuticaria actio	*Acción de enfiteusis.*
Emptio	*Compra.*
Emptio ad mensuram	Compra por medida o cantidad.
Emptor	*Comprador.*
Enuntio	Dar a conocer; enunciar; pronunciar; expresar.
Eodem tempore	*Al mismo momento o instante.*
Epicus	Épico; heroico.
Epitome	*Epítome; extracto; compendio.*
Eques	Jinete; caballero.
Erga omnes	*Respecto a la totalidad de las personas.*
Error communis facit jus	*El error general se convierte en derecho.*
Error in corpore	*Error sobre la cosa.*
Error in facto	*Error en el hecho.*
Error in jure	*Error en el derecho.*
Error in persona	*Error sobre la persona.*
Essem in rerum natura	*Estar en la naturaleza de la cosas.*
Etiam manu militari	*Igualmente por la fuerza armada.*
Eventus	*Suceso*; infortunio; desastre; desenlace; resultado efecto.
Eventus damni	*Efectos del daño.*

Evictus	*Vencido*; convencido en juicio; sobornado; corrompido.
Ex causa depositi	*A título de depósito.*
Ex causa mutui	A título de mutuo.
Ex causa nova et voluntaria	De una causa nueva y voluntaria.
Ex certa conscientia	*De conciencia cierta.*
Ex contractu	*De un contrato.*
Ex dispari causa	*De distinta causa.*
Ex diversa causa	De una causa u origen diferente.
Ex eadem familia	*De la misma familia.*
Ex justis nuptiis	De justas nupcias.
Ex lex	No derivado de la ley.
Ex officio	*De oficio o por deber.*
Ex post facto	*Después del hecho.*
Ex stipulatu	*De la convención o estipulación.*
Exceptio doli	Excepción de dolo o por causa de dolo.
Exceptio litis pendentia	*Excepción de cosa en litigio.*
Exceptio non adimpleti contractus	*Excepción de inejecución de contrato.*
Exceptio pacti conventi	*Excepción de la promesa hecha, o de pacto convenido.*
Exceptio quod metus causa	Excepción por causa de violencia.
Exceptio rei judicatae	Excepción de cosa juzgada.
Exceptio rei venditae et traditae	Excepción de cosa vendida y entregada.
Exceptiones dilatoriae solutionis	Excepciones dilatorias del pago.
Exceptionis ope.	*Por vía de excepción.*
Exercitus	*Ejército.*
Exheredare	*Desheredar.*
Exheres	Desheredado.
Existente conditione	*Cumplida la condición.*
Existimatio	*Honor civil* o estimación social; crédito; autoridad; fama.
Expensum	*Expensas; gastos*; partidas de gastos en los codex romanos, lugar donde se asentaban las salidas.
Expiare	Purificar; expiar; reparar.
Expulsio manu militari	*Expulsión por la fuerza armada.*
Exsilium	*Exilio; destierro.*
Extispex	El que examina las entrañas de las víctimas para obtener agüeros.

Extispicium	*Examen u observación de las entrañas.*
Extra commercium	Fuera del comercio.
Extra dotem	Extradotal.
Extra familiam	*Fuera de la familia.*
Extra muros	*Fuera de los muros.*
Extra ordinem judicium	*Fuera de los usos judiciales.*
Extraneus	*Extraño; extranjero.*
Exustio	*Incendio.*
F	
Facere	Hacer; construir.
Facinorosus	Facineroso; delincuente; malvado.
Facio ut des	*Hago para que des.*
Facio ut facias	*Hago para que hagas.*
Factum	Hecho; obra.
Factum defendendi	*Hecho de defender.*
Falsa demonstratio	*Falsa indicación.*
Falsarius	*Falsario; falsificador.*
Falsidicus	Embustero.
Falsum	Falsedad; mentira.
Falsus	Engañado; equivocado.
Famelicus	Famélico; hambriento; voraz.
Familia	Familia; casa; gente que vive en casa del padre; subdivisión de una gens.
Familiae emptor	Comprador de un patrimonio.
Familiaria sepulchra	Sepulcro de familia.
Familiaris	Perteneciente a la casa; sirviente; esclavo; doméstico.
Famulus	*Criado; siervo; esclavo.*
Fas	Derecho basado en la divinidad.
Fas est, jus non est	*Está permitido, mas no ordenado.*
Fasti	Lista de los días que se pueden abrir los tribunales para la tramitación de las causas.
Fastus	Días en que se podían tratar las causas en los tribunales.
Fenerare	Prestar con usura.
Fenerator	Usurero; que presta con usura.
Festum	*Fiesta; día de fiesta; solemnidad.*

Festus	Festivo; feriado; solemne.
Fetialis	*Fecial; sacerdote.*
Fiat justitia ruat coelum	*Hágase la justicia aunque se hunda el cielo.*
Fictitiac actiones	Acciones ficticias o simuladas.
Fideipromitto	*Fianza.*
Fideipromittor	Fiador o garante.
Fideiusso	*Fianza.*
Fideiussor	Fiador o garante.
Fiducia	Empeño; pignoración; prenda; fianza; venta ficticia.
Fiduciarius	Dado en confianza.
Filia familias	*Hija de familia; hija sometida al poder del padre.*
Filius familias	*Hijo de familia; hijo sometido al poder del padre.*
Finis	Linde; confín; límite; frontera.
Fiscalis	*Fiscal.*
Fiscus	Fisco.
Fiscus post omnes	El Estado después de todos.
Flagellare	Golpear; azotar; castigar.
Flagellum	Látigo; azote.
Flumen	*Río; corriente de agua.*
Flumina navigabilia	Ríos navegables.
Flumina non navigabilia	Rios no navegables.
Flumina privata	Rio privados.
Flumina publica	*Ríos públicos.*
Fluvius	*Río; corriente de agua.*
Fontes aquarum	*Las fuentes de las aguas.*
Forensis	Forense; judicial.
Forma dat esse rei	*La forma da la existencia a la cosa.*
Forma substantialis	Forma sustancial o esencial.
Fortuito	*Casualmente; por casualidad.*
Forum	*Día en que hay juzgado o tribunales.*
Forum delicti comissi	*El lugar donde se ha cometido el delito.*
Forum deprehensionis	*El lugar del arresto o detención.*
Fragilitas naturae suae	La debilidad de su naturaleza.
Fragilitas sexus	La debilidad del sexo.

Fratricida	Fratricida; matador de su hermano.
Fraudatio	Defraudación; engaño; fraude.
Fraudator	*Defraudador; engañador; impostor.*
Fraudulentus	Fraudulento; engañoso; falaz
Fraus	*Fraude; engaño; embuste; trampa.*
Fraus omnia corrumpit	El fraude todo lo vicia.
Fructus	Usufructo: goce; provecho; disfrute; producto; renta; fruto del campo; cosecha.
Fugitivus	Fugitivo; escapado; desertor.
Fundi patrimonialis	Campos integrantes del patrimonio.
Fundus	Fundo; finca rural; posesión; heredad.
Fundus dotalis	Fundos dotales.
Fundus serviens	*Fundo sirviente.*
Fundus servus	*Fundo gravado con servidumbre.*
Furiosus	*Loco furioso; insensato.*
Furtivus	*Robado; hurtado; clandestino.*
Furtum	Hurto; robo.
Furtum in flagranti delicto	*Sorprender al delincuente en el momento mismo del hurto.*
Furtum manifestum	Hurto manifiesto.
Furtum nec manifestum	Hurto no manifiesto.
Furtum pignoris	Robo de la garantía.
Furtum usus	*Hurto de uso.*
G	
Genera non pereunt	*El género no perece.*
Genetriz	Madre.
Genitor	Padre.
Gens	Familia; parentela; gente; nación; agrupación de personas, característica de la Roma primitiva.
Gentilicius	Familia; parentela.
Genus limitatum	Género limitado o especie.
Genus nunquam perit	*El género nunca perece.*
Gestio	Gestión; ejecución; administración.
Gleba	*Campo; terruño; campiña; campo arado.*
Glossa	Glosa; interpretación; explicación; comentario.

H	
Habere	*Tener; poseer.*
Haruspex	*Agorero; adivino; persona que observaba las entrañas de las víctimas.*
Haruspica	Agorera; adivina.
Haruspicium	Arte de adivinar observando las entrañas de los animales.
Heredes sui et necessarii	*Herederos suyos y necesarios.*
Hereditaria sepulchra	Sepulcros heredados.
Hereditas	*Herencia.*
Hereditas ab intestato	Herencia sin testamento.
Hereditas adquisita	Herencia aceptada por el heredero.
Hereditas delata	Herencia abierta, aún no aceptada.
Hereditas ex testamento	Herencia o sucesión testamentaria.
Hereditas jacens	Herencia yacente; herencia en el tiempo que media entre la apertura y la aceptación de la sucesión.
Heredium	*La casa, sus dependencias y el huerto perteneciente a ella.*
Heres	*Heredero; heredera.*
Heres extraneus	*Heredero extraño o no pariente.*
Hoc loco	*En este lugar.*
Homicida	Homicida; criminal.
Homicidium	Homicidio.
Homo	*Hombre.*
Honestus	Honesto; decente; ilustre
Honorare	Honrar; tratar con distinción; enaltecer.
Honorarius	*Honorario; hecho para honrar.*
Honorus	Honroso; glorioso.
Hortus	*Jardín; huerto.*
Hospes	Forastero; extraño; huésped.
Hosticum	Territorio enemigo.
Hosticus	Extraño; extranjero; del enemigo.
Hostificus	Hostil; enemigo.
Hostilis	Del enemigo.
Hostis	Extraño; extranjero; enemigo; rival.
Hypotheca	Hipoteca.

I	
Iactare	Lanzar; arrojar.
Ictus	*Golpe; herida; corte.*
Idem debitum	Igual objeto debido.
Idonec pignora	*Garantía suficiente.*
Idoneus	Idóneo; apto; capaz.
Illicitus	Ilícito; no permitido.
Imaginaria solutio	*Pago ficticio.*
Imber	*Lluvia.*
Immodico pretio	*Precio excesivo.*
Immunitas	Inmunidad; exención; privilegio.
Immutatio	*Mutación; mudanza.*
Impedimentum	Impedimento; obstáculo.
Impensa	*Gastos; sacrificios; costas; desembolsos.*
Imperator	*Emperador; señor; soberano.*
Imperatrix	Emperatriz; señora; soberana.
Imperio magistratus	*Por la autoridad de un magistrado.*
Imperitia	Impericia; falta de experiencia.
Imperium	*Orden; mandato; dominio; mando; poder.*
Impetratio	Impetrar; recurrir a los auspicios o agüeros.
Impossibilium nulla obligatio	*No hay obligación de cosas imposibles.*
Improbus	Improbo; malo; malvado; injusto
Impropria	Expresiones impropias; faltas de propiedad.
Imprudentia	Imprudencia; ignorancia.
Impuber	*No crecido; no maduro.*
Impunitas	*Impunidad.*
Impunitus	No castigado.
Imputatio in sortem et usuras	Imputación sobre lo principal y los intereses.
In abstracto	En abstracto.
In bonis habere	*Tener una cosa en su poder.*
In causa caduci	Por causa de abandono.
In commercium	*En el comercio.*
In dominis	*En la própiedad o dominio.*
In dubiis causis	*En causas dudosas.*

In extensu	*Extensivamente.*
In extremis	*Al extremo.*
In facultate solutionis	De solución facultativa.
In fine	*Al final.*
In flagranti	*Flagrantemente; en el momento de cometer o realizar un hecho o acción.*
In fraudem legis	*En fraude de la ley.*
In genere	*En general.*
In infinitum	*Al infinito.*
In integrum restitutio	Acción tendiente a restablecer las cosas al estado en que se hallaban antes de la conclusión del contrato, o de la realización de un hecho o acto jurídico.
In ipso corpore	Sobre el objeto mismo.
In judicium	Segunda fase del Procedimiento, donde el juez aprecia los hechos y derechos y dicta su fallo.
In jure actum	Primera fase del procedimiento, donde las partes exponen sus pretensiones y los hechos en que las fundamentan.
In jure cessio	*Cesión ante el magistrado.*
In jus vocatio	*Citación ante el tribunal.*
In libello conventionis	*Acta de citación.*
In limine litis	Al comenzar el proceso o litigio.
In linea collaterali	En línea colateral.
In manu	*En poder de; sometido a.*
In manu mariti	Bajo el poder o autoridad del marido.
In obligatione	En la obligación.
In patiendo	En tolerancia.
In patrimonio universitatis	*En el patrimonio de la corporación.*
In perniciem rei	Por la pérdida de la cosa.
In potestate	*En su poder.*
In praetorio	En el juzgado o audiencia.
In principio	*Al comienzo.*
In prohibendo	En oposición o prohibición.
In re	*En la cosa.*
In singulos annos, vel menses, vel dies	*Por cada año, mes o día.*
In solidum	En solidaridad; solidariamente
In suo loco	*En su sitio o lugar.*

In terminis	En término.
In totum	*Totalmente.*
In voce	*Oralmente; verbalmente; de viva voz.*
Inane est pignus	La garantía es nula.
Inauditus	*No escuchado; no oído en su defensa.*
Incendium	Incendio.
Incestum	Inceto; relaciones sexuales entre parientes.
Incestus	*Impuro; deshonesto; incestuoso.*
Incohatus	*Incoado; iniciado; comenzado.*
Incorporalis	Incorporal; inmaterial.
Incorruptus	*Integro; intacto; no corrompido; no sobornado.*
Indemnitas	Indemnización; resarcimiento.
Index	Indicador; lista; catálogo.
Indignitas	Indignidad; vileza.
Individua est pignoris causa	El derecho de garantía es indivisible.
Individuum contracto	Indivisible por contrato.
Individuum natura	Indivisible por naturaleza.
Individuum obligatione	*Indivisibilidad de la obligación.*
Individuus	Indivisible; inseparable.
Indivisus	*No dividido.*
Indulgentia generalis	Gracia o indulgencia general.
Indulgentia specialis	Gracia o indulgencia especial.
Indultum	*Indulto; gracia; perdón.*
Inelegantia juris	*Desorden del derecho.*
Ineptus	Inútil; inservible.
Inexcusabilis	Inexcusable.
Inexorabilis	Inexorable.
Infamia	*Infamia; deshonra; descrédito; oprobio.*
Infamis	Infame; deshonrado; desacreditado.
Infans	Infante; niño
Infantia	Infancia.
Infantiae proximus	Próximo a la infancia.
Infestus	*Infidelidad; deslealtad.*
Infidelitas	Amenazador; hostil; enemigo.

Infidus.	*Infiel; desleal; inseguro.*
Infra	Debajo; en la parte inferior.
Injuria	*Lesión; daño; agravio.*
Injuriarum octio	Acción nacida de la injuria.
Innatus	Innato; congénito; no nacido.
Innocens	Inocente; inofensivo.
Innocentia	Inocencia; probidad.
Inofficiosus	*Contrario al deber o a lo determinado por las leyes.*
Inopia probationum	*Defecto o falta de pruebas.*
Insania	Locura; frenesí; furor.
Insanus	*Loco; furioso.*
Inscriptio	Inscripción.
Institutio jure gentium	Institución del derecho de gentes.
Instrumenta itineris	*Medios de trasporte.*
Insula	Isla; casa de alquiler.
Integri status	De estado íntegro (estado del hombre inocente).
intellectus possidendi	*Intención o inteligencia de poseer.*
Intentio	Acusación.
Inter conjuges	Entre cónyuges.
Inter virum et uxorem	*Entre un hombre y su esposa.*
Intercessio	Protesta; mediación; intervención; reclamo.
Interdictum	*Prohibición; orden del pretor; disposición.*
Interdictum adipiscendae possessionis	Tiene por objeto facilitar la posesión de cosas que aún no han sido poseidas.
Interdictum clandestina possessione	Interdicto concedido al propietario, despojado de un bien inmueble, para obtener su devolución.
Interdictum de precario	Interdicto concedido a quien ha dado a otro una cosa mueble o inmueble, a título de precario, para obtener de éste la restitución.
Interdictum duplicia	*Aquel con que ambas partes eran recíprocamente demandadas y demandantes.*
Interdictum exhibeas	Interdictos exhibitorios; tendientes a obtener la restitución de una cosa.
Interdictum possessorium	Interdicto concedido al *bonorum emptor*, a fin de obtener la posesión del patrimonio que ha adquirido por *bonorum venditio.*

Interdictum quod legatorum	Interdicto concedido al *bonorum possessor,* para obtener la cosa legada de quien la detente, sin su consentimiento.
Interdictum quorum bonorum	Interdicto concedido al *bonorum possessor,* para obtener la restitución de los bienes corporales de la sucesión, de quien los tenga.
Interdictum recuperandae possessionis	Interdicto concedido a una persona, para recuperar la posesión de una cosa que ha extraviado.
Interdictum retinendae possessionis	Interdicto que se concede a una persona, que posee un bién por justo título, a fin de poder conservar su posesión.
Interdictum salviano	Interdicto concedido al arrendador impago de un fundo rústico para obtener la posesión de los bienes del colono, afectados al pago.
Interdictum unde vi	Interdicto que se concede al que ha sido desapoderado de un bien, para obtener su restitución.
Interdictum unde vi armata	Interdicto concedido al que ha sido desapoderado de un bien, a mano armada, para obtener la restitución.
Interdictum unde vi quotidiana	Interdicto concedido al que ha sido desapoderado de un bien, con violencia, para obtener la restitución.
Interdictum uti possidetis	*Interdicto que protege la conservación de bienes inmuebles.*
Interdictum utrubi	*Interdicto que protege la conservación de bienes muebles.*
Interdictum vim fieri veto	*Interdictos prohibitorios.*
Interfectio	Muerte; asesinato.
Interpellatio	*Reclamación; interpelación.*
Interpretatio	Interpretación; explicación.
Interpretatio largo sensu	*Interpretación extensiva.*
Interpretatio stricto sensu	*Interpretación restrictiva.*
Interregnum	Interregno o espacio de tiempo que trascurría (en tiempo de los reyes) desde la muerte del monarca hasta el nombramiento del sucesor.
Interrex	Regente que gobernaba durante el *interregnum*
Intestabilis	El que no puede ser testigo.
Intestatus	El que muere sin hacer testamento.
Intra muros	*Dentro de los muros.*
Intuitu personae	*En atención a la persona.*
Inveteratus	Inveterado; arraigado; antiguo.
Invito domino	*Contra la voluntad de su dueño.*

Ipso jure	*De pleno derecho.*
Irritus	Nulo; inútil; ineficaz.
Irruptio	Invasión.
Iter	*Camino; paso; vía; carretera.*
Iter criminis	*Recorrido o camino del delito.*
J	
Jocandi gratia	*En tono o son de broma.*
Judex	Juez; apreciador.
Judex, semel sententia dicta, desinit esse judex	*El juez, una vez que pronuncia sentencia, cesa de ser juez.*
Judicatio	*Juicio; sentencia; fallo.*
Judicatum	*Cosa juzgada; decisión; fallo.*
Judicatus	Dignidad y oficio de juez.
Judices pedanei	*Jueces inferiores o subalternos.*
Judices selecti	Jueces elegidos o seleccionados.
Judicia stricti juris	*Juicios de derecho estricto.*
Judicium	Fallo; sentencia; juicio.
Judicium duplex	*Instancia doble.*
Judicium publicum	Instancia o juicio público.
Jura negativa et prohibitiva	Leyes negativas y prohibitivas.
Jura novit curia	*El tribunal conoce el derecho.*
Jura patronatus	Los derechos del patronato.
Jura sua tueri	*Defender sus derechos.*
Juramentum	Juramento.
Juramentum affectionis	Juramento de afecto.
Juramentum assertorium	*Juramento afirmativo.*
Juramentum in litem	*Juramento estimatorio.*
Juramentum veritatis	*Juramento de verdad o de decir verdad.*
Jure accessionis	Por derecho de accesión.
Jure accrescendi	Por derecho de acrecimiento.
Jure compensationis	Por derecho de compensación.
Jure domini	*Por derecho de propiedad.*
Jure domini et non jure servitutis	A título de propiedad y no de servidumbre.
Jure et facto	De derecho y de hecho.

Jure heredis	Por derecho de heredero.
Jure inventionis	Por derecho de invención o descubrimiento.
Jure militari	*Por derecho militar.*
Jure quiritium	*Derecho quiritario, o civil.*
Jure sanguinis	*Por derecho de sangre o parentesco.*
Jure soli	*Por derecho del suelo o del país.*
Jure solutionis	Por derecho de pago.
Juris dictio	*Declaración del derecho.*
Jurisconsultus	Jurisconsulto; doctor en leyes.
Jurisdictio	*Jurisdicción.*
Jurisdictio mandata	Jurisdicción dada, delegada o prorrogada.
Jus	Derecho; conjunto de leyes.
Jus abstinendi	Derecho de abstención.
Jus abutendi	Derecho de abuso.
Jus accrescendi	Derecho de acrecer.
Jus ad rem	*Derecho a la cosa.*
Jus aelianum	Obra complementaria del *jus flavianum.*
Jus altius non tollendi	Derecho de impedir al vecino que construya a más de cierta altura.
Jus altius tollendi	Derecho de elevar o construir a más de cierta altura.
Jus aquae ducendae	Derecho de presa o acueducto.
Jus arenae fodiendae	*Derecho de extraer arena.*
Jus belli ac pacis	*Derecho de la guerra y de la paz.*
Jus caduca vindicandi	Derecho de apropiarse de las cosas abandonadas.
Jus civitatis	*Derecho de ciudad o ciudadanía.*
Jus commerci	Derecho de comercio.
Jus condere	*Crear derecho.*
Jus connubium	Derecho de contraer matrimonio legítimo
Jus dicendi	*Derecho de decir.*
Jus dicere	*Decir derecho; juzgar.*
Jus distrahendi	Derecho de vender al detalle.
Jus distrahendi pignus	Derecho de vender una cosa prendada.
Jus domum revocandi	Derecho de revocar el domicilio.
Jus edicendi	Derecho de publicar edictos.
Jus emphyteuticarium	Derecho de enfiteusis.

Jus est ars boni el aequi	*El derecho es el arte de lo bueno y de lo equitativo.*
Jus eundi vel iter	*Derecho de pasar a pie o a caballo.*
Jus ex facto oritur	*El derecho se origina en un hecho.*
Jus flavianum	Publicación que contenía los días fastos y nefastos, como así las fórmulas secretas a emplearse durante el procedimiento de las legis echones.
Jus fraternitatis	*Derecho de fraternidad.*
Jus fruendi	Derecho de recoger para sí los frutos, o derecho de usufructo.
Jus gentium	Derecho de gentes o de las naciones.
Jus honorarium	Derecho honorario o pretoriano.
Jus honorum	Derecho de honores; carrera de la magistratura.
Jus in agro vectigali	*Arriendo perpetuo hecho por los municipios a los particulares.*
Jus in praedio alieno	*Derecho sobre la propiedad de otro.*
Jus in re	*Derecho sobre una cosa o derecho real.*
Jus itineris	Derecho de paso o pasaje.
Jus liberorum	Derecho de la mujer de liberarse de la tutela perpetua, si siendo ingenua tuviese tres hijos, o cuatro en caso contrario.
Jus loci	*Derecho del lugar o derecho local.*
Jus luminum	Derecho de abrir ventanas sobre el fundo del vecino.
Jus natural est quod natura omnia animalia docuit	*El derecho natural es aquel que la naturaleza enseña a todos los animales.*
Jus naturale	Derecho natural.
Jus ne luminibus officiatur	Derecho del vecino de oponerse a la apertura de ventanas que den sobre su fundo.
Jus non decrescendi	Derecho de no sufrir una reducción.
Jus non scriptum	*Derecho no escrito o consuetudinario.*
Jus novum	Nombre que recibe el derecho romano, formado a la sombra del derecho heleno; derecho nuevo.
Jus, offerendi	*Derecho de ofrecer.*
Jus oneris ferendi	Derecho de apoyar las construcciones sobre el muro del vecino.
Jus pascendi	Derecho de pastaje.
Jus persequendi	*Derecho de persecución.*
Jus persequendi in judicio quod sibi debetur	*Derecho de perseguir en justicia lo que nos es debido.*

Jus possidendi et retinendi	Derecho de poseer y retener.
Jus proficiendi	*Derecho de hacer un balcón o salida sobre el fundo vecino.*
Jus provocatio ad populum	*Derecho de apelación ante el pueblo.*
Jus publicae respondendi	*Derecho de responder a las consultas formuladas por el público.*
Jus quiritium	Derecho civil o derecho de los señores.
Jus sacrorum et sacerdotorum	Derecho de desempeñar magistraturas sagradas.
Jus sanguinis	*Derecho de sangre o parentesco.*
Jus scriptum	Derecho escrito.
Jus servitutis	*Derecho de servidumbre.*
Jus suffragii	Derecho de voto.
Jus superficiarum	Derecho de superficie.
Jus testamenti factio	*Derecho de trasmitir sus bienes por sucesión, y de ser instituído heredero.*
Jus utendi	Derecho de usar.
Jus viae	*Derecho general de pasaje.*
Jus vindicandi	Derecho de reclamar en justicia.
Jusjurandum	*Juramento.*
Jusjurandum de veritate	*Juramento de verdad.*
Jusjurandum judiciale	Juramento judicial.
Jusjurandum liberti	Juramento hecho por el liberto a su ex patrono de prestarle servicios.
Jusjurandum voluntarium	Juramento voluntario.
Justa	Lo que es justo.
Justa causa possidendi	Justa causa de poseer.
Justa uxor	*Justa o legítima esposa.*
Justae nuptiae	Justas nupcias o matrimonio legítimo.
Justi atque injusti scientia	*El derecho es la ciencia de lo justo y de lo injusto.*
Justitia	Justicia; equidad.
Justo pretio	*Con justo precio.*
Justum	Justicia; lo que es justo.
Justum matrimonium	Matrimonio legítimo.
Justus	Justo; probo; recto.
Justus error	*Error justificable.*

L	
Laesio	Lesión; herida.
Lapidator	El que apedrea.
Lapidatum	Pedrea; granizada de piedras.
Lares	*Los lares, primitivamente dioses de los campos y caminos y luego protectores del hogar.*
Latinus	Latino.
Latium	Lacio región de la Italia central, con su capital, Roma.
Lato et improprio sensu	En sentido lato e impropio.
Lato sensu	*En sentido lato.*
Latrocinium	Robo; hurto; latrocinio.
Legatio	Embajadores; legados; enviados.
Legator	Testador; el que hace un legado.
Legatum	Legado.
Legatus	Legado; embajador.
Leges agrariae	Leyes agrarias.
Leges barbarorum	*Leyes de los bárbaros.*
Leges centuriatas	Leyes centenadas; votadas en los comicios por centurias.
Leges cibariae	*Leyes suntuarias o de lujo.*
Leges curiatas	Leyes curiadas; votadas en los comicios por curias.
Leges de provocatione	*Leyes sobre apelación.*
Leges judiciariae	Leyes judiciales
Leges romanae	*Leyes de los romanos.*
Legi speciali per generalem non derogatur	La ley especial no es derogada por una general
Legis actio per condictionem	Procedimiento a emplear en los litigios cuyo objeto fuese perfectamente determinado.
Legis actio per judicis postulationem	Procedimiento a emplearse en los juicios divisorios.
Legis actio per manus injectio	Procedimiento a emplearse cuando el deudor es demandado por el pago de lo que debe.
Legis actio per pignoris capionem	Procedimiento semejante a un embargo, usado en ciertos casos especialmente establecidos por la ley.
Legis actio per sacramentum	Procedimiento a emplearse en todos los litigios que no tengan asignado un procedimiento específico.
Legis actiones	*Acciones de la ley.*

Legis doctor	*Doctor de la ley.*
Legitima usura	Intereses legales o permitidos.
Legitimatio ad causam	*Legitimidad con relación a la causa* (derecho de actuar con relación a un asunto determinado).
Legum magister	*Maestro de la ley.*
Levis	Leve; ligero; insignificante.
Lex collegii	Estatutos de las personas jurídicas.
Lex commissoria	Derecho que se reserva el vendedor, de resolver el contrato, si no es pagado dentro de cierto lapso.
Lex est commune praeceptum	La ley es un precepto común.
Lex faciendi	Una ley u obligación de hacer.
Lex fori	*Ley de un tribunal.*
Lex lege tollitur	*Una ley es abrogada por otra ley.*
Lex loci actus	*Ley del lugar del acto.*
Lex loci contractus	*Ley del lugar del contrato.*
Lex non distinguit	*La ley no distingue.*
Lex non obligat nisi promulgata	La ley no obliga si no ha sido promulgada.
Lex nostra, publica salus	*Nuestra ley es la salud pública.*
Lex posterior derogat priori	*La ley posterior deroga a la anterior.*
Lex provinciae	La ley de una provincia.
Lex regia	Ley que inviste al emperador con la suma del poder.
Lex rei sitae	*Ley del lugar de la cosa u objeto.*
Libellus	Libreto; escrito corto.
Libellus famosus	Escrito injurioso o difamatorio.
Liber	*Escrito; libro; carta; libre; no prohibido.*
Liberalitas	Liberalidad; largueza; generosidad.
Liberator	*Libertador.*
Libero	Liberar; dar libertad.
Liberta	Liberta (mujer esclava a quien se ha dado la libertad).
Libertus	Liberto (esclavo a quien se ha manumitido o liberado); declarado libre.
Libidinis causa	*Causa de depravación.*
Libra	Balanza; medida de peso; medida de capacidad.
Libripens	*Pesador* (que pesa en la balanza).
Licitatio	*Venta en remate.*
Licitator	El que puja con otros en una licitatio.

Litigare	Pleitear; litigar.
Litigator	Litigante.
Litigatrix	Mujer litigante.
Litigiosus	*Litigioso; controvertido.*
Litigium	*Litigio; disputa; debate.*
Litis	Pleito; litigio.
Lisis contestatio	*Contestación a la demanda.*
Litis expensas	*Pagó de las costas.*
Litis pendentia	Pleito pendiente.
Locatio	Arriendo; alquiler; locación.
Locatio conductio operarum	Locación de servicios.
Locatio conductio operis	Locación de obra.
Locatio conductio rei	Locación de cosas.
Locatio operis faciendi	*Locación de obra.*
Locatio rei	*Locación de cosas.*
Locator	Arrendador; locador.
Locator operarum	*Locador de obra.*
Locatum	Arriendo; alquiler.
Loco	*Lugar; sitio; posición.*
Loco absentis	En lugar del ausente.
Loco heredum	En lugar de los herederos.
Locus	*Lugar, sitio; posición.*
Locus regit actum	*La forma de los actos se rige por la ley del lugar donde se celebran.*
Longa consuetudo	*Antigua costumbre.*
Luceres	*Luceros* o etruscos; una de las tres tribus en que se dividía la primitiva población romana.
Lucri facere	Ganar; adquirir.
Lucri faciendi gratia	Propósito o afán de lucro.
Lucrum	Ganancia; lucro; ventaja.
Lucrum cessans	*Ganancia dejada de percibir.*
M	
Magister	*Director; jefe; capitán; maestro; guía.*
Magisterium	Presidencia; jefatura; consejo.
Magistratura	Magistratura; cargo o empleo público; autoridad.

Magna culpa dolus est	*La culpa grave es dolo.*
Magnus	Grande; importante; considerable.
Majores	*Ascendientes; antepasados.*
Maledictio	Maledicencia; injuria; insulto.
Malefactum	*Mala acción; pecado.*
Maleficium	*Delito; fechoría.*
Maleficus	Delincuente; malhechor; malvado.
Malevolus	*Malévolo; que tiene odio a otro.*
Malignus	Maligno; envidioso.
Malitia	Malicia; astucia; maldad; fraude.
Malum	Mal; perjuicio; maldad; desgracia.
Mancipare	Enajenar; vender.
Mancipatio	Forma de adquirir la propiedad (de mano a mano), consistente en tomar posesión de la cosa en presencia de cinco testigos; trasmisión de la propiedad; compraventa.
Mandator	Mandante; el que da un encargo o comisión.
Mandatum	Encargo; orden; recado; comisión; mandato.
Mandatum pecuniae credendae	Garantía de un préstamo a hacer.
Manifestissimi juris est	Es de derecho evidente.
Manifesto	Manifiestamente; claramente.
Manifestus	Sorprendido claramente ejecutando alguna acción.
Manu militari	Por la fuerza armada.
Manumissio	Manumisión; acto de poner en libertad a un esclavo.
Manus	Poder; potestad; facultad; poderes domésticos del ciudadano romano.
Manus injectio	*Colocar bajo su poder.*
Materfamilias	*Mujer casada en matrimonio sine manu.*
Matricida	Matador de su madre; matricida.
Matricidium	Matricidio; crimen de matar a su madre.
Matrimonium	Matrimonio.
Matrimonium consommatum	Matrimonio consumado.
Matrimonium cum manu	Matrimonio que coloca a la esposa en situación jurídica de hija, respecto al marido.
Matrimonium non consommatum	Matrimonio no consumado.
Matrimonium non justum	*Matrimonio ilegal.*

Maximus	Mayor; muy grande; grandísimo.
Media tempora non nocet	El tiempo intermedio no perjudica la validez de un acto.
Melior	*Mejor; superior; el que vale más.*
Membrum	Miembro del cuerpo.
Memoratus	Memorable; célebre.
Mendax	Mentiroso; embustero.
Mens	*Mente; espíritu; ánimo.*
Mente captus	*demente o insano.*
Merces	Sueldo; paga; lucro; dinero debido por mensualidades (cada una de ellas).
Metus	*Fuerza; violencia; miedo; temor.*
Miles legalis	*Soldado de la ley.*
Minus habens	Teniendo lo menos.
Missio	*Misión; liberación.*
Missio in possessionem bonorum defuncti	Entrega en posesión de los bienes del difunto.
Modus adquirendi dominii	*Modo de adquisición de la propiedad.*
Moneat lex priusquam feriat	*Que la ley advierta antes de que hiera.*
Mora	Tardanza; detención; dilación.
Mora ex persona	Retardo proveniente de la persona.
Mora ex re	Retardo proveniente de la cosa.
Morbus	*Enfermedad; indisposición.*
Morbus sonticus	*Enfermedad grave.*
Mors	Muerte.
Mors omnia jura solvit	*La muerte extingue todas las obligaciones.*
Mors omnia solvit	La muerte disuelve todo.
Mors ultima ratio	*La muerte es la última razón o razón final.*
Mortis causa	*Por causa de muerte.*
Mortis causa donatio	Donación por causa de muerte.
Mos	*Costumbre; uso.*
Mos majorum	*Costumbres de los antepasados.*
Mulcta poenitentialis	*Cláusula penal.*
Municipium	Municipio; municipalidad.
Munus publicum	*Función pública.*
Mutatio	Mutación; cambio; trueque.

Mutato creditore	Por cambio de acreedor.
Mutato debitore	Por cambio de deudor.
Mutuo consensu	*Mutuo consentimiento.*
Mutuo dissensu	*Mutuo desacuerdo o disentimiento.*
Mutuum	Mutuo préstamo de consumo.
N	
Natio	*Pueblo; nación; nacimiento.*
Naturalis ratio, quasi lex quaedam tacita	*La razón es como una ley natural y tácita.*
Nauticum faenus	Préstamo destinado a la explotación de un comercio marítimo.
Ne auditus condemnetur	El que no ha sido oído no debe ser condenado.
Nec enim nulla societas maleficiorum	*No existe sociedad para las malas acciones.*
Nec optimus, nec pessimus	*Ni lo mejor, ni lo peor.*
Necessitate urgente	*Por necesidad presente.*
Nefarius	*Criminal; desalmado impío; malvado.*
Nefas	*Maldad; delito; crimen; lo ilícito.*
Nefastus	Prohibido; día en que por motivos religiosos se prohibía a los romanos tratar negocios públicos.
Negotia juridica	*Actos jurídicos.*
Negotiorum gestio	*Gestión de negocios.*
Negotiorum gestor	*Gestor de negocios.*
Negotium	*Negocio; asunto; comercio.*
Negotium bonae fidei	Negocio de buena fe.
Negotium recte factum	*Negocio regularmente hecho.*
Neminem laedit qui suo jure utitur	*A nadie lesiona quien usa de su derecho.*
Nemini res sua servit	*Nadie tiene servidumbre sobre su propiedad.*
Nemo	Nadie; ninguno.
Nemo auditer perire volens	*No se escucha al que quiere morir.*
Nemo censetur donare	La donación no se presume.
Nemo censetur ignorare legem	*Nadie es considerado ignorante de la ley.*
Nemo condemnatus nisi auditus vel vocatus	Nadia puede ser condenado sin ser oído o llamado.

Nemo dat quod non habet	*Nadie da aquello que no tiene.*
Nema ex consilio obligatur	*Un consejo no obliga a nadie.*
Nemo idoneus testis esse potest in re sua	*Nadie puede ser buen testigo en su causa.*
Nemo inauditus condemnetur	Nadie puede ser condenado sin ser oído.
Nemo injuriam facit qui jure suo utitur	*A nadie perjudica quien usa de su derecho.*
Nemo judex sine lege	*No hay juez sin ley que lo constituya.*
Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet	*Nadie puede trasmitir a otro un derecho mejor que el que tiene.*
Nemo potest condicere factum	*Nadie puede volver sobre lo hecho.*
Nemo potest locare opus in perpetuum	Nadie puede locar su trabajo a perpetuidad.
Neque ex alieno arbitrio pendere	Un testamento no debe depender de la voluntad de otro.
Nexum	*Lazo jurídico entre dos personas; obligación.*
Nexus	Deudor obligado por *nexum*.
Nihil confirmari nequit	*La nada no es susceptible de confirmación.*
Nobilis	*Noble; principal; de gran calidad.*
Nocendi causa	*Con el propósito de dañar.*
Nomen	Nombre; nombre de familia.
Nomen gentilitium	Nombre de familia.
Nomen hereditarium	*Derecho hereditario.*
Nomen quod confitetur	Crédito reconocido.
Nomen, tractatus, fama	El nombre, el trato, la fama.
Nomen verum	*Crédito verdadero.*
Nomina arcaria	*Libro de caja.*
Nomina transcriptia	*Libros de comercio.*
Nomine alieno	*En nombre de otro.*
Nomine debitoris	En nombre del deudor.
Non bis in idem	*Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*
Non facere	*No hacer.*
Non idoneus tutor	Inhábil para la tutela.
Non intelligere quod omnes intelligunt	*No entender lo que todos entienden.*
Non laesio sed deceptio	No es una lesión, sino una decepción.
Non obligat lex, nisi promulgata.	*La ley no obliga si no ha sido promulgada.*

Non sui compos	*Fuera de sí.*
Notitia criminis	*Noticia o conocimiento de un delito.*
Novi operis nuntiatio	*Anuncio de nueva obra.*
Noxa	Daño; perjuicio; crimen; delito.
Noxia	Delito que ocasiona simplemente un perjuicio patrimonial.
Noxiam sarcire	*Resarcimiento de daños.*
Noxius	Dañoso; perjudicial; culpable.
Nuda detentio sine animo domini	*La simple detentación, sin la intención de ser propietario.*
Nuda pacta	*Pactos desnudos o desprovistos de acción.*
Nuda pactio obligationem non parit	Una simple promesa no crea obligación.
Nuda pollicitatio	*Un simple ofrecimiento.*
Nuda proprietas	*Propiedad sin posesión.*
Nulla est viventis hereditas	*No hay sucesión de un hombre vivo.*
Nulla poena sine legale juditio	No hay pena sin juicio legalmente incoado.
Nulla poena sine lege	*No hay pena sin ley.*
Nulla societas maleficiorum	Toda asociación para el mal es nula.
Nulla societatis in aeternum coitio est	*Ninguna sociedad es eterna.*
Nulli res sua servit	*Es nula la servidumbre sobre la cosa propia.*
Nullius civitatis cives	No ser ciudadano de ninguna ciudad.
Nullo dato vel retinendo	Dar y retener no es posible.
Nummo uno	Por un precio vil.
Nuncupatio	*Acción de pronunciar; acción de nombrar.*
Nuntium	Noticia; mensaje.
Nuntius	*Mensajero; enviado.*
Nuptiae	*Bodas; casamientos; matrimonios.*
Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae	*El matrimonio es la unión de personas de uno y otro sexo, asociación para toda la vida.*
Nutu	*Gesto; ademán.*
O	
Ob defectum formae	*Por defecto de forma.*
Ob ligo	Atar; ligar; limitar.
Ob rogo	Proponer una ley para anular otra.

Obligatio	*Obligación; deber; compromiso.*
Obligatio ad aliquid dandum vel faciendum vel praestandum	*Obligación de dar; de hacer o de prestar cualquier cosa.*
Obligatio ad faciendum	Obligación de hacer.
Obligatio ad non faciendum	Obligación de no hacer.
Obligatio ex contractu	*Obligación nacida de un contrato.*
Obligatio ex delicto	*Obligación nacida de un delito.*
Obligatio quasi ex contractu	*Obligación nacida de un cuasicontrato.*
Obligatio quasi ex delicto vel maleficio	Obligación nacida de un cuasidelito o de un delito.
Obligatio quoad personas	Obligación en cuanto a las personas.
Obligatio quoad rem	Obligación en cuanto a la cosa.
Obligatus	*Atado; ligado; obligado; precisado.*
Obturbator	*Abogado charlatán y vocinglero.*
Occultatio	Acción de ocultar.
Occultator	Ocultador.
Occupatio	Ocupación; modo de adquirir la propiedad según el derecho natural.
Offensor	Ofensor; el que injuria.
Offensus	Ofendido; injuriado.
Officiosus	Cortés; servicial.
Omnis definitio in jure civile periculosa est	*Toda definición en derecho civil es peligrosa.*
Onera matrimonii non solum incerta sunt sed infinita	*Las cargas del matrimonio no sólo son inciertas, sino infinitas.*
Onus	*Peso; carga; contribución.*
Onus ferendi	Servidumbre de llevar o soportar.
Onus hereditarium	*Carga hereditaria.*
Onus probandi	*Carga de la prueba.*
Onus probandi incumbit actori o ei qui dicit	*La carga e la prueba incumbe al actor, o al que afirma.*
Operae servorum	*Trabajo de los esclavos.*
Optima est legum interpres consuetudo	*La costumbre es la mejor intérprete de las leyes.*
Opus	*Trabajo; actividad; obra.*
Orde collegii	Directores de las personas jurídicas.
Origo petitiones	*Origen de la demanda.*

P	
Pacificatio	Tratado de paz; pacificación.
Pacta nuda	*Pactos desnudos o desprovistos de acción.*
Pacta interpretanda sunt secundum usum loquendi ejus temporis quo condita fuerunt	Las convenciones deben interpretarse conforme al sentido dado a las palabras en la época en que se pronuncian.
Pacta vestita	*Pactos vestidos, o provistos de acción.*
Pactum	*Pacto; tratado; convenio.*
Pactum conventum	*Pacto convenido.*
Pactum de non petendo	*Pacto de remisión de deuda.*
Pactum displicentiae	Facultad o pacto de rescate.
Pactum ex intervallo	Pacto agregado a un contrato, tiempo después de la conclusión de éste.
Pactum in continenti	*Pacto agregado a un contrato, en el momento de concluirse éste.*
Pactum in personam	Pacto personal o relativo.
Pactum in rem	Pacto real o absoluto.
Pactum ne petatur	*Pacto de remisión de deuda.*
Paries communis	*Muro común.*
Paries medius	*Muro medianero.*
Parricida	Parricida; el que mata a su padre o madre.
Parricidium	*Parricidio.*
Pars	Parte; pedazo.
Pars est in toto	*La parte está en el todo.*
Pars in toto est	*La parte está en el todo.*
Partes certae pro diviso	Partes ciertas y divisibles.
Partes incertae pro indiviso	Partes inciertas e indivisibles.
Participes vel socii	*Los participantes o asociados.*
Pater	*Padre; antepasado.*
Paterfamilias	Padre de familia.
Patria potestas	*Poder paternal.*
Patriciatus	Dignidad y condición de patricio.
Patricius	*Patricio; noble.*
Patrimonium	Patrimonio; bienes que se heredan de los padres.
Pecu	Ganado.

Peculatus	Robo o hurto del dinero público.
Peculium	Peculio caudal; fortuna; riqueza adquirida con economía.
Pecunia	Dinero; riqueza; dinero contante; denominación del patrimonio como cantidad de ganado.
Pecunia accepta relata	Suma tenida por recibida.
Pecunia numerata	*Dinero contante y sonante o dinero al contado.*
Pecuniarius	Pecuniario.
Pecuniarius contractus	*Contrato pecuniario o de dinero.*
Pecus	Bestia; todo género de animal que pace.
Penates	*Dioses Penates; protectores de la casa y el hogar.*
Pendente condicione	Condición en suspenso o aun no realizada.
Pendente lite	*Pendiente el proceso.*
Per aes et libram	*Por el cobre y la pesada.*
Per formulam communi dividundo	Por la fórmula de partición de una cosa común.
Per formulam familiae erciscundae	Por la fórmula de partición de una herencia.
Per formulam finium regundorum	Por la fórmula de fijación de límites.
Per generalia non specialibus derogatur	Las leyes especiales no son derogadas por las generales.
Per inquisitionem	*Por información.*
Per masculos	*Por los hombres.*
Per modum luitionis	*A manera de pago.*
Per modum universitatis	A manera de universalidad.
Per nuntium	*Por mensajero.*
Per viam obliguam et indirectam	Por vía oblicua o indirecta.
Peregrinus	*Extraño; extranjero; peregrino.*
Periculum	*Peligro; riesgo.*
Perjurus	Perjuro.
Permissio	*Permiso; licencia.*
Permutatio vicina et emptioni	*La permuta es vecina de la venta.*
Persecutio	Demanda judicial; persecución.
Persecutio extraordinaria	Persecución extraordinaria.
Persecutor	Perseguidor.
Personam defuncti sustinet	*El heredero continúa la persona del difunto.*

Perversus	Perverso; maligno.
Pestilentia	Peste; epidemia; contagio.
Pestis	Peste; epidemia.
Petitio	Petición; pretensión; demanda judicial.
Petitio hereditatis	*Petición de herencia.*
Pietas	Piedad; compasión.
Pigneror	*Tomar en prenda.*
Pignorare	*Dar en prenda.*
Pignoris captio	Poner en posesión del bien prendado.
Pignoris captio ex causa judicati	Entrega de la prenda o garantía en virtud de sentencia firme.
Pignoris vindicatio	Reivindicación de garantía.
Pignus	*Prenda; garantía; fianza.*
Pignus depositum	Garantía de depósito.
Pignus in causa judicati captum	*Prenda en favor del acreedor, de los bienes muebles de pertenencia del deudor.*
Pignus judiciale	Garantía judicial.
Pignus pignori dari potest	*La garantía puede ser dada en garantía.*
Pignus testamentarium	Garantía testamentaria.
Plagiarius	Plagiario.
Plebs	*Plebe*; estado o condición de los plebeyos.
Plebe collegii	Asociados de las personas jurídicas.
Plebeius	*Plebeyo.*
Plebiscitum	Plebiscito; ley del pueblo romano.
Plena in re potestas	Pleno poder sobre la cosa.
Plena pubertas	Plena puberta o adolescencia.
Plenam in re potestatem habere	Tener pleno poder sobre una cosa.
Plenum animi judicium	Pleno juicio del espíritu o de la razón.
Plenum usum	Pleno o entero uso.
Plus petitio	*Exceso en la petición o demanda.*
Plus petitio causa	Reclamo de un objeto por otro.
Plus petitio loco	Demanda entablada en lugar distinto al convenido.
Plus petitio re	Reclamo excesivo en cuanto al objeto.
Plus petitio tempere	*Demanda antes de tiempo.*
Poena	Pena; castigo.

Poena debet commensurari delicto	*La pena debe ser proporcionada al delito.*
Poenalia sunt restringenda	Las penalidades deben ser restringidas.
Politicus	*Político; referente al gobierno del Estado.*
Pollicitatio	*Promesa; ofrecimiento.*
Pollicitus	El que ha prometido u ofrecido.
Pontificex	*Pontífice*; magistrado que presidía los ritos religiosos.
Possessio	Posesión.
Possessio adquiritur corpore et animo, neque per se corpore, neque per se animo	*La posesión se adquiere por el hecho y la intención, y no por el solo hecho o la sola intención.*
Possessio brevis temporis	*Posesión de corta duración.*
Possessio civilis	Posesión civil.
Possessio juris	*Posesión de un derecho.*
Possessio longi temporis	*Posesión de largo tiempo.*
Possessio rei	*Posesión de la cosa.*
Possessio solo animo o nudo animo	La sola intención de poseer.
Possessio solo animo retinetur	La posesión se conserva por la sola intención.
Possessor pro suo	*Poseedor por sí.*
Post litem contestatam	Después de trabada la litiscontestatio.
Post magnas varietates	*Después de grandes controversias o disputas.*
Post natus	*Después de nacer.*
Postulare pro se, pro alio	*Demandar algo ante los tribunales, por sí o por otro.*
Postulatio	Petición; acusación; demanda.
Postulator	El que pide.
Postumus	*Ultimo póstumo; nacido después de la muerte del padre.*
Potestas	*Potestad; imperio; dominio.*
Potestas dominorum	*La potestad de los dueños.*
Potior	Mejor; más importante; el que puede más; el más fuerte.
Potior tempore, potior jure	*El primero en el tiempo es el primero* (el más fuerte) *en el derecho.*
Prae judico	Prejuzgar.
Praedia rustica vel suburbana	*Bienes rurales o suburbanos.*
Praedium emphyteuticarium	Inmueble enfitéutico.
Praefectura	Prefectura; gobierno; dignidad de gobernador.

Praefectus	*Prefecto; gobernador.*
Praepositi mercatorum	Los jefes de los mercaderes.
Praes	Antiguos fiadores o garantes.
Praescriptio brevis temporis	*Prescripción de corta duración.*
Praescriptio longi temporis	*Prescripción adquisitiva de larga duración.*
Praescriptiones	Cláusulas especiales insertadas en la de manda.
Praesente cadavere	En presencia del cadáver.
Praesente pecunia	*Dinero al contado.*
Praestare	Prestar.
Praesumptio juris et de jure	*Presunción legal* (descarta o no admite prueba en contrario).
Praesumptio juris tantum	*Simple presunción* (admite prueba en contrario).
Praetor	*Pretor; magistrado romano; gobernador.*
Praetor peregrinus	Pretor peregrino.
Praetor urbanus	Pretor urbano
Praetor tutelaris	Pretor que tenía a su cargo la designación de tutores.
Praetorianus	Pretoriano; de la guardia imperial; perteneciente al pretor.
Praetorium	Palacio del gobernador de provincia.
Praetorius	*Del pretor.*
Praetura	Dignidad de pretor; dignidad de gobernador.
Precarium	Contrato semejante al mutuo y al como dato.
Prenomen	Nombre individual de cada persona.
Pretium	*Precio.*
Pretium in numerata consistere debet	El precio debe consistir en dinero de contado.
Pretium succedit loco rei	El precio toma el lugar de la cosa.
Prima facie	*A primera vista.*
Primo uso	Al primer uso.
Primum non nocere	El primer deber es no causar daño.
Prior tempore, potior jure	*El primero en el tiempo es preferido en derecho.*
Privatus	Privado; particular; personal.
Privilegia odiosa	Los privilegios son odiosos.
Privilegium	Excepción a determinada situación jurídica, concedida a una persona.
Privilegium inter chirographarios	Privilegios entre los créditos quirografarios.

Privilegium inter personales actiones	Priviliegio entre las acciones personales
Pro actore	En interés del demandante o actor.
Pro aliis	*En nombre ajeno o de otro.*
Pro confesso habetur	Tenido como confeso.
Pro derelicto	*Para el abandono.*
Pro dignitate defuncti	Perteneciente a la condición de difunto.
Pro domo	*Para su casa o para sí.*
Pro indiviso	*Por o para la indivisión.*
Pro mortuo	Por muerto.
Pro non scripto	*Por no escrito.*
Pro parte	Por parte.
Pro rata parte	*Proporcionalmente.*
Pro reo	*En interés del demandado.*
Probare causam	Probar la causa.
Probatio	Prueba; examen.
Probatio incumbit ei qui agit o qui dicit	*La prueba incumbe al que demanda o afirma.*
Probatio probatissima	La confesión es la más decisiva e importante de todas las pruebas.
Probatis extremis, media praesumuntur	Probados los extremos, los medios son presumidos.
Probitas	Honradez; rectitud.
Probus	*Honrado; virtuoso; recto.*
Proconsul	Procónsul; magistrado romano.
Proconsulatus	*Dignidad de procónsul.*
Procuratio	Administración; gestión; procuración.
Procuratio in rem suam	Procuración o mandato en beneficio del mandatario.
Procurator	Administrador; gestor; procurador.
Procuratur absentis	Mandatario judicial designado por una parte, en ausencia de la otra.
Procurator ad litem	*Mandatario o representante para un proceso.*
Procurator praesentis	Mandatario judicial designado por una persana, en presencia de la contraparte.
Prodigus	*Pródigo; el que derrocha sus bienes.*
Proditio	*Traición.*

Profugus	Fugitivo; prófugo.
Prohibitio	Prohibición.
Promissio	*Promesa; oferta.*
Promissio dotis	Promesa de dote.
Promissor	Ofertante; oferente.
Promissor securitatis	*El que promete garantía.*
Promissum de praesente	Promesa sobre el presente.
Promissum in futurum	*Promesa para el porvenir.*
Promulgatio	Promulgación; publicación; hacer pública una cosa.
Pronuntiatio	*Sentencia judicial.*
Propria virtute	Por su propia fuerza o virtud.
Proprietas	*Propiedad.*
Proprii debiti	*Deuda propia.*
Proprio motu	*De su piopia fuerza o virtud.*
Proprio nomine	*En su propio nombre.*
Proprius	*Propio.*
Propter	Por; por causa de.
Propter aetatem	*A causa de su edad.*
Propter dignitatem hominum	*Para la dignidad humana.*
Propter moram	A causa del retardo.
Propter reciprocam utilitatem	A causa de utilidad común o recíproca.
Propter rem	*A causa de la cosa.*
Provincia	Provincia; tierra conquistada.
Provincialis	Provincial; de la provincia.
Provocatio ad populum	*La apelación al pueblo.*
Proximus	Próximo; inmediato
Proximus infantiae	Próximo a la infancia.
Proximus pubertati	Próximo a la pubertad.
Prudens	*Prudente; cuerdo; experto.*
Prudentia	Prudencia; previsión; experiencia.
Prudentia juris	*Ciencia del derecho.*
Puber	Adulto; muchacho.
Pubertas	Pubertad.
Publicanus	Recaudadores de las rentas del Estado.
Publicum	Terreno del Estado; sitio o lugar público.

Publicus	*Magistrado con cargo público.*
Punire	Castigar; vengar.
Punitio	Castigo.
Punitor	El que castiga; vengador.
Pupilo major infans	Pupilo mayor de siete años.
Pupilo menor infans	Pupilo menor de siete años.
Q	
Quadruplus	Cuádruplo.
Quae moveri possunt	Cosas que pueden ser desplazadas o trasladadas.
Quae non moveri possunt	Cosas que no pueden ser desplazadas o trasladadas.
Quae tangi non possunt	*Cosas que no pueden ser tocadas.*
Quaestio	Examen; indagación; disputa.
Quaestor	*Cuestor*; magistrado romano encargado del tesoro.
Quaestorium	Casa del cuestor.
Quaestura	Cuestura; dignidad del cuestor.
Qualitas	Cualidad; naturaleza; propiedad.
Quantum	*Monto; cantidad.*
Quasi ex contractu	Como de un contrato.
Quasi ex delicto	Como de un delito.
Querela	*Reclamación; queja; querella.*
Querela inofficisae donationis	Acción contra la donación inoficiosa.
Querela inofficiosi testamenti	Acción contra el testamento inoficioso.
Quid	¿Qué?; ¿qué cosa?
Quid debetur?	¿Qué es debido?
Quidquid incidit in litem	Lo que es incorporado al proceso.
Quirites	*Quirites; ciudadanos romanos que gozaban de todos los derechos.*
Quod metus causa	Acción por causa de violencia.
Quod natura fieri non concedit	*Lo que la naturaleza no permite hacer.*
Quod non est lege prohibitum, intelligitur concessum	*Lo que no es prohibido por la ley, se presume permitido.*
Quod nullum est, nullum producit effectum	*Lo que es nulo no produce ningún efecto.*
Quod sensus communis ostendit	Lo que revela el sentido común.
Quod sibi debetur	Lo que se debe.

Quum res sua nemini deberi posset	No se puede deber a nadie su propia cosa
R	
Radix et fundamentum juris	La raíz y el fundamento del derecho.
Ramnenses	Ramnenses; una de las tres tribus en que se dividía la primitiva población romana; ramnes o latinos.
Rapere in jus	Citar ante el magistrado.
Rapina	Rapiña; pillaje; robo en banda.
Raptare	Arrebatar; arrastrar o llevar por la fuerza.
Raptatus	Arrebatado; tomado por la fuerza.
Raptor	Ladrón; raptor.
Raptum	Robo; rapto.
Raptus in parentes	Rapto contra los parientes o seducción.
Ratio	*Razón; entendimiento.*
Ratio juris	*Razón o fundamento del derecho.*
Ratio legis	*Razón o fundamento de la ley.*
Ratione loci	*En razón del lugar* (competencia o incompetencia ratione loci).
Ratione materiae	En razón de la materia (competencia o incompetencia ratione mateniae).
Ratiane personae	En razón de la persona (competencia o incompetencia ratione personae).
Ratione quantitatis	En razón de la cantidad (competencia o incompetencia ratione quantitatis).
Ratione territorii	En razón del território (competencia o incompetencia ratione territorii).
Rebellatio	Rebelión.
Rebellis	Rebelde; indócil.
Rebus sic stantibus	*Las cosas quedando en el mismo estado.*
Receptor	Encubridor de delitos.
Receptrix	Encubridora de delitos.
Receptum	Garantía; promesa; empeño.
Receptus	Retractación; retirada.
Recuperatio	Acción de recobrar o de recuperar.
Recurrens	El que recurre.
Recusatio	Rechazo; negativa; objeción; reclamación.

Refugium	Refugio; asilo.
Refugus	Fujitivo
Refutatio	Refutación; impugnación.
Regio	Región; país.
Regnum	Monarquía; reino; Estado.
Regula	Regla; ley; norma.
Rei familiaris causa	*Por causa de interés privado.*
Rei uxoriae actio	Acción del matrimonio o de la dote de la mujer.
Relegatio	*Destierro.*
Rem aliena facere	Enajenar una cosa.
Rem habere licere	Liberar la cosa.
Rem sibi habendi	*Tener la cosa para sí.*
Remissionis causam nominare	Presentar excusas.
Remissus	Remiso; negligente.
Remotus	Remoto; alejado; separado.
Renuntiatio	Abandonar; renunciar.
Renuntiatio non praesumitur	La renuncia no se presume.
Repetitio	Repetición; repetir u obtener la devolución de lo dado o pagado de más.
Repetitor	El que reclama la devolución; el que intenta repetir o repite.
Repetundae	Delito de peculado que cometían los jueces y otros magistrados al recibir dinero u otros bienes por el ejercicio de sus cargos.
Repromittere testimonium	Rendir o prestar testimonio.
Repromitto	*Prometer nuevamente.*
Repudiare	Repudiar; apartar de sí; rechazar.
Repudiatio	Acción de repudiar.
Repudium	Renuncia repudio.
Reputatio	Consideración; reputación.
Res	Cosa; objeto.
Res alicujus	Las cosas de cualquiera.
Res communes omnium	*Cosas comunes a todos.*
Res crescit vel perit domino	*Las cosas aumentan o se pierden para su propietario.*
Res derelictae	*Cosas abandonadas.*
Res deducta	Cosa deducida, quitada o extraída.

Res divini juris	Cosas consagradas a los dioses.
Res ex distantibus	Cosas formadas por cuerpos separados.
Res extra commercium	Cosas fuera del comercio.
Res fisci usucapi non potest	*Una cosa del fisco no puede adquirirse por prescripción o usucapión.*
Res fungibiles	Cosas fungibles.
Res furtiva	Cosa robada o hurtada.
Res humani juris	*Cosas de derecho humano.*
Res immobiles vel mancipia rustica	Cosas inmuebles o propiedades rurales.
Res immobiles vel res quae soli	*Inmuebles o bienes que son del suelo.*
Res in commercium	Cosas que están en el comercio.
Res incorporalis	Cosas incorporales.
Res intra commercium	Cosas que están en el comercio.
Res judicata ventas est	*La cosa juzgada es verdad.*
Res litigiosa	Cosa litigiosa.
Res mancipi	Cosas que podían ser adquiridas por mancipatio.
Res mobiles	Cosas muebles.
Res mobilis res vilis	Cosa mueble, cosa vil.
Res nec mancipi	Cosas que no podian adquirirse por mancipatio.
Res nullius	*Cosas de nadie.*
Res omnium communes	Cosas comunes a todos.
Res peri creditori	*La cosa perece para el acreedor.*
Res peris domino	*La cosa perece para el dueño.*
Res principaliter	*Cosa principal.*
Res privata	Cosa privada.
Res pro derelicto habitae	Cosas abandonadas.
Res pro re data	*Una cosa por otra.*
Res publica	Cosa pública; república.
Res publicae	Cosas públicas o del dominio público.
Res quae extra nostrum patrimonium	*Cosas que están fuera de nuestro patrimonio.*
Res quae in abusu continentur	*Las cosas que se consumen por el uso.*
Res quae in nostro patrimonio sunt	Cosas que están en nuestro patrimonio.
Res religiosae	Cosas consagradas a los dioses *manes* (antepasados).

Res sacrae	*Cosas dedicadas al culto.*
Res sanctae	Cosas asimiladas, por su destino, a las *res sacrae.*
Res se moventes	Cosas semovientes.
Res soli	*Cosas del suelo.*
Res universitatis	Cosas de una corporación.
Res vi possessae	*Cosas obtenidas por la fuerza.*
Rescriptum	*Edicto o respuesta imperial.*
Resecutus	Que ha repetido.
Responsa prudentium	*Respuestas de los jurisconsultos.*
Responsio	Respuesta.
Restitutio	Restablecimiento; restauración.
Restitutio in integrum	*Rehabilitación o restablecimiento íntegro.*
Restitutor	Restaurador; el que repara o restituye.
Retentio	Deducción de una suma.
Retentio servitutis	*Conservación de una servidumbre.*
Retinendae possessionis causa	Con la causa de mantener la posesión.
Retinens	El que retiene; el que mantiene.
Retractatio	Retractación; negativa.
Reus excipiendo fit actor	Oponiendo una excepción, el demandado se convierte en actor.
Reus promitiendi	*Deudor.*
Reus stipulandi	*Acreedor.*
Revocabilis	Revocable; que se puede revocar.
Revocatio	Revocar o dejar algo sin efecto.
Rex	Rey; monarca.
Rhetorica	*Retórica; arte de la elocuencia.*
Rigor juris	Inflexibilidad o rigor del derecho.
Rogatio	Ruego; súplica; proyecto de una ley.
Rogator	Autor de una moción; el que ruega o suplica.
Roma	Ciudad de Roma, capital del Lacio.
Romanus	*Romano.*
Ruptor	Violador; infractor.
Rusticorum praediorum jura sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus	Las servidumbres de inmuebles rurales o rústicos son: paso, conducto, via y acueducto.
Rusticus	*Sencillo; simple; tosco; rústico.*

S	
Sacer	*Consagrado a Dios.*
Sacerdos	Sacerdote; sacerdotisa.
Sacerdotium	Dignidad de sacerdote; sacerdocio.
Sacra gentilitia	*Culto común.*
Sacra privata	*Dioses domésticos.*
Sacramentum	Depósito de dinero que hacían los litigantes en un proceso o pleito.
Sacrare	Consagrar a Dios.
Sacratus	Sagrado; consagrado, divinizado.
Sacrilegium	Sacrilegio; robo sacrílego; violación de cosas sagradas.
Sacrilegus	Sacrílego; impío; el que roba o viola cosas sagradas.
Salarium	*Salario; sueldo.*
Salus patriae vel populi prima lex	*La salud de la patria o del pueblo es la primera ley.*
Salutatio	Saludo; salutación.
Salva rerum substantia	*Conservando la sustancia de las cosas.*
Salvo jure alieno	Salvaguardando el derecho de otro.
Sanae mentis	De juicio o espíritu sano.
Sanctio	*Sanción.*
Satisdare	Dar seguridad, caución o fianza.
Satisdatio	Promesa hecha por el tutor al pupilo de restituirle íntegramente su patrimonio, finalizada la tutela.
Satisdatum	Caución; fianza.
Satisfactio	Satisfacción; sanción; malta; reparación.
Satisfactio pro solutione est	Una prestación es como un pago.
Scriptor	*Escritor.*
Scriptum	*Escrito; libro; texto.*
Scriptum jus est lex, plebiscita, senatus consultum, principum placita, magistrum edicta et responsa prudentium	El derecho escrito está formado por: la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, los decretos del príncipe los edictos de los magistrados y las decisiones y opiniones de los jurisconsultos.
Scriptura	*Escritura; obra; composición.*
Sectio bonorum	*Confiscación de bienes.*
Secundum qualitate personae et bonorum	Según la cualidad de las personas y de los bienes.
Secundum subjectam materiam	*Según la naturaleza del sujeto.*

Seditio	Sedición; motín; tumulto; sublevación; rebelión.
Seditiosus	Inquieto; alborotador.
Seductio	Seducción; engaño.
Seductor	Seductor; engañador.
Semel heres semper heres	Una vez heredero se lo es siempre.
Semiuncierium faenu	Interés del seis por ciento.
Semper oportet ostendi originale	Es preciso mostrar siempre el titulo original
Senator	*Senador*; miembro del Senado Romano.
Senatus	Consejo de ancianos; *senado.*
Senatus consultum	*Decreto del Senado.*
Senectas	Vejez; ancianidad.
Senectus	Envejecido; viejo.
Senex	*Viejo; anciano; antiguo.*
Sententia	*Sentencia; fallo; voto.*
Sententia judicis	*La sentencia del juicio.*
Separatio	Separación.
Separatio bonorum	*Separación de bienes o de patrimonios.*
Separatio quoad torum et mensam	*Separación en cuanto al lecho y a la mesa.*
Separatus	Separado; apartado; retirado; sin conexión.
Sepulcralis	Sepulcral.
Sepulcrum	Sepulcro; fosa; sepultura.
Sepultura	*Sepelio; entierro.*
Serva	*Esclava; sierva.*
Servi publici	*Esclavos de propiedad del Estado.*
Servilis	Servil; de esclavo.
Servio	Ser esclavo; estar sujeto a servidumbre.
Servitium	*Esclavitud; servidumbre.*
Servitricius	De esclavos; propio de los esclavos.
Servitudo o servitus non aedificandi	Servidumbre de no construir o no edificar.
Servitudo o servitus non altius tollendi	Servidumbre de no construir más alto de lo estipulado.
Servitus	*Esclavitud; servidumbre; dependencia.*
Servitus aquae ducendae	Servidumbre de tomar aguas o construir presas.

Servitus aquae hauriendae	*Servidumbre de extraer aguas.*
Servitus non aedificandi vel altius tollendi	Servidumbre de no construir o elevar las construcciones más alto de lo permitido.
Servitus non in faciendo consist	Las servidumbres no consisten en una obligación de hacer.
Servitus oneris ferendi	Servidumbre de apoyar un muro o pared sobre el muro del vecino.
Servitus projiciendi	*Servidumbre de salir sobre el fundo del vecino.*
Servitus quae in faciendo consistere nequit	Servidumbre que no puede consistir en hacer cualquier cosa.
Servitus servitutis esse non potest	*Una servidumbre no puede existir sobre otra*; o servidumbre de servidumbre no vale.
Servitus tigni immittendi	Servidumbre de apoyar una viga o un tirante sobre el muro del vecino.
Servitutes dividi non possunt	*Las servidumbres no pueden ser divididas.*
Servitutes hominum vel personarum	*Servidumbres humanas o personales* (derechos reales de usufructo, uso, habitación o superficie).
Servitutes praediis inhaerent	Las servidumbres son inherentes a los inmuebles.
Servitutes rerum vel praediorum	*Servidumbres reales o de los inmuebles.*
Servula	Esclava pequeña.
Servulus	*Esclavo joven.*
Servus	Esclavo; siervo; sujeto a un derecho; dependiente de otro.
Servus communis	Esclavos que pertenecen en copropiedad a varios señores.
Sestertius	Moneda de plata romana, que primeramente valió dos ases y medio y luego cuatro.
Sexus	Sexo.
Si coelum digito tetigeris	*Si tocaras el cielo con las manos* (ejemplo típico de condición imposible).
Si judicas, cognosce; si regnas, jube	*Si juzgas, conoces; si gobiernas, ordenas.*
Si volet usus	*Si el uso lo permite.*
Sicarius	Asesino.
Sigillum	*Sello; señal; marca.*
Signare	*Firmar; señalar; marcar.*
Signator	El que firma; el que señala o marca.
Signum	Señal; marca; seña; muestra.
Signum retinet signatum	El sello conserva lo que ha sido sellado.
Silentium	Silencio; ausencia de todo signo desfavorable en los augurios.

Similis	*Semejante; parecido.*
Simplicitas legibus amica	*La simplicidad es amiga de las leyes.*
Simulatio	*Ficción; simulación; pretexto.*
Simulator	Hipócrita; falso; simulador.
Sine causa legibus cognita	Sin ningún motivo legal.
Sine die	*Sin día fijo.*
Sine fraudis consilio	*Sin intención de fraude.*
Sine manu	Sin poder.
Sine pretio nulla venditio	*Sin precio no hay venta.*
Singularis	Singular; único; solo.
Sociare	Asociar; unir; hacer compartir; participar.
Societas	*Sociedad; compañía; unión.*
Societas compendii	*Sociedad de beneficios.*
Societas est corpum mysticum ex pluribus nominibus conflatum	*Una sociedad es un cuerpo místico com puesto de muchas personas.*
Societas lucri	*Sociedad de beneficios o ganancias.*
Societas non quaestuariaes	*Sociedades no lucrativas, o de beneficencia.*
Societas omnium bonorum	*Sociedad de todos los bienes.*
Societas operarum	Sociedades cuyo capital consiste en el trabajo personal de cada uno de los socios.
Societas quaestuariaes	*Sociedad de ganancias o beneficios.*
Societas vectigalium	*Sociedades de recolectores fiscales de impuestos.*
Socius	Socio; compañero; partícipe
Sodalitas	*Cofradía de carácter religioso; liga secreta para comprar los votos.*
Solarium, quod pro solo penderetur	*Impuesto inmobiliario que se paga por el suelo.*
Solidum	El todo; el total.
Sollemnis	*Solemne; solemnidad.*
Solus consensus obligat	El solo consentimiento obliga.
Soluti retentio	*Retención de lo pagado.*
Solutio	*Disolución; pago.*
Solutus	Suelto; no sujeto; libre.
Solutio litteris	*Pago reconocido por escrito.*
Solutio verbis	Pago reconocido verbalmente.
Solvendus	Lo que se ha de desatar o pagar.

Solvere	Soltar; desatar; pagar; cumplir.
Speciei per genus non derogatur	*El género no derogo a la especie.*
Spectio	Derecho de observar los auspicios, que competía sólo a los augures.
Spoliare	*Saquear; robar; despojar.*
Spoliator	Despojador; ladrón.
Spoliatrix	Despojadora; ladrona.
Spoliatus	Despojado; robado; privado.
Spondens	*El que promete.*
Spondere	*Prometer solemnemente; empeñar la palabra; dar garantía; salir de fiador.*
Spondet peritiam artis	El artesano responde por el conocimiento de su arte.
Sponsa	La esposa prometida.
Sponsalia	*Esponsales; banquete de ésponsales.*
Sponsio	*Promesa solemne; garantía.*
Sponsor	*Fiador.*
Sponsum	Promesa.
Sponsus	Fianza; esposo; prometido.
Stare in judicio	*Estar en justicia.*
Statu quod ante bellum	En el mismo estado que antes de la guerra o combate.
Status	*Estado; situación; condición; calidad.*
Status civitatis	*Estado de ciudadanía; calidad de ciudadano.*
Status familiae	*Estado de familia, derechos que todo jefe tiene con relación a su familia.*
Status libertatis	*Estado de libertad; no estar sometido a poder alguno.*
Stipendium	Tributo.
Stipulare	Estipular; contratar.
Stipulatio	Estipulación; contrato.
Stipulatio debiti	Estipulación de deuda.
Stipulatio dotis	Estipulación de dote.
Stipulatio poenae	Estipulación de una pena.
Stipulator	Estipulador.
Stipulatus	Estipulación; contrato.
Stricti juris	*De derecho estricto.*
Strictissimae interpretationis	De interpretación muy estricta.
Stricto	Estrecha; apretadamente.

Stuprare	Estuprar; profanar; deshonrar a una joven.
Stuprator	Estuprador.
Stuprum	Estupro.
Sub examine	*Bajo examen; sometido a examen.*
Sub judice	*Bajo juicio; sometido a juicio.*
Sub lite	*Bajo litigio; sometido a litigio.*
Subitus	Súbito; repentino; inesperado.
Sublata causa, tollitur effectus	*Suprimida la causa cesa el efecto.*
Sublato principali, tollitur accessorium	*Suprimido lo principal, desaparece lo accesorio.*
Subripio	Quitar; sustraer furtivamente.
Subrogo	Subrogar; poner algo en lugar de otro.
Subscriptio	*Firma; suscripción.*
Substantia	Sustancia; esencia.
Substantia hereditatis	Sustancia de la herencia.
Subtilitas	*Sutileza; finura.*
Subtusus	Lastimado por los golpes.
Suburbanum	Propiedad o casa de campo en las cercanías de Roma.
Suburbanus	*Próximo a la ciudad.*
Succedere in locum priorum creditorum	*Tomar el lugar de los primitivos acreedores.*
Successio	Sucesión.
Successor	Sucesor; heredero.
Successor in universum jus	*Sucesor a título universal.*
Suffragare	Votar por alguno; favorecerlo con su voto.
Suffragator	Votante.
Suffragium	Votación; voto; derecho al voto; derecho a ser candidato.
Sui	*De si; suyo.*
Sui generis	De su género; que tiene esencia propia.
Sui heredes	Herederos suyos y necesarios.
sui juris	*Persona capaz civilmente, dueña de sí misma y de sus derechos.*
Summa	Supremacía; preeminencia; mando; suprema autoridad.
Summum jus, summa injuria	*Derecho estricto; suprema injusticia.*
Super addere	Añadir.

Superator	Vencedor.
Superatriz	Vencedora.
Superficie	Superficie; edificios, árboles y todo lo que se levanta sobre el suelo.
Superficies solo cedit	*La superficie forma parte del suelo.*
Superfixus	Clavado encima.
Superstes	El que sobrevive.
Supplex	Suplicante.
Supplicatio	Súplica; rogativa.
Suppociticius	Supuesto; falso; ilegítimo.
Suppositio	Acción de poner una cosa por otra.
Suppressio veri	Disimulación o supresión de la verdad.
Supra	Antes; arriba; en la parte superior.
Suspectus	Sospechoso.
Suspicio	Sospecha; desconfianza.
Syndici	Síndico; representante legal de las personas jurídicas.
Syngrapha	*Convenio o contrato escrito.*
Synhodus	Sínodo; concilio; asamblea.
T	
Tabella	Tablita para escribir; carta; escrito; documento; tablita donde se consignaban los votos en las elecciones.
Tabula	*Tabla* (**las doce Tablas de la Ley o Ley de las XII Tablas**); *documento.*
Tabulae vel codex accepti et ex pensi	Tablas o registros de recibos y expendios.
Tabularium	*Archivo.*
Tabularius	Archivero.
Tacitum	*Secreto; silencio.*
Tacitus	Callado; secreto; oculto; tácito.
Tantidem	Al mismo precio.
Tantum judicatum, quantum litigatem	*La extensión del fallo debe ser proporcionada a la del proceso.*
Tantum praescriptum quantum possessum	Se prescribe en la medida en que se posee.
Temperantia	Templanza; moderación.
Temperatus	*Templado; apacible; mesurado; moderado.*

Tempori	*Tiempo.*
Tempus delicti	*Tiempo del delito.*
Tempus mortis	*Tiempo o época de la muerte.*
Tempus regit actum	*El acto se rige en cuanto a su forma por la ley existente al tiempo en que se hizo.*
Tenax	Firme; constante; obstinado; tenaz.
Termino	Señalar; poner límites; determinar; limitar.
Terminus	*Fin; término; límite; frontera.*
Terminus a quo	Término a partir del cual.
Terrninus ad quem	Término hasta el cual.
Tertia	Tercer lugar; tercera clase.
Testamentaria tutela	Tutela discernida por testamento o *tutela testamentaria.*
Testamentarius	Testamentario; lo relativo a los testamentos.
Testamenti factio	*Capacidad de hacer testamento válido y ser instituido heredero.*
Testamentum	*Testamento.*
Testamentum in comitiis calatis	*Testamento hecho ante los comicios por curias.*
Testamentum in procinctu	*Testamento hecho por el militar, delante del ejército y bajo las armas.*
Testamentum nuncupativo	Testamento hecho oralmente, delante de siete testigos.
Testamentum ruptum	Testamento invalidado por nacimiento de un hijo del testador, posterior a la confección del testamento, o por el otorgamiento de uno nuevo.
Testatio	*Testimonio; citación de un testigo.*
Testator	Testador.
testatus	El que pone testigos; el que hace testamento.
Testes ex auditu alieno	*Testigos de oidas.*
Testes ex auditu proprio	*Testigos que han oído ellos mismos.*
Testificatio	*Prueba; testimonio; declaración de testigos.*
Testimonium	*Testimonio; declaración; argumento.*
Testis	*Testigo.*
Testis de auditu	*Testigo que ha oído.*
Testis de visu	*Testigo que ha visto o presencial.*
Testis unus, testis nullus	*Testigo único, testigo nulo.*
Testor	Atestiguar; declarar; afirmar; hacer testamento.
Thalamus	*Tálamo; lecho nupcial; matrimonio.*

Thesaurus	*Tesoro.*
Tignum	Viga; madero; embarcaciones.
Timiditas	Timidez; prudencia; cobardía.
Timidus	*Tímido; cobarde; temeroso.*
Titienses	Titienses; una de las tres tribus en que se dividía la primitiva población romana; ***tities*** o **sabinos**.
Titulus ad transferendum dominium idoneus	*Título hábil para trasferir la propiedad.*
Tocullio	Usurero.
Toga	Toga; ropa exterior a manera de capa que usaban los romanos.
Totius juris successores	Sucesores en todos los derechos.
Totum	*El todo; el conjunto; enteramente.*
Totum enim hoc aequitas gubernat	*La equidad todo lo gobierna.*
Totum non est in parte	*El todo no está en la parte.*
Tractus	Corriente; trascurso; fluido; movimiento lento.
Tradens	*El que hace tradición, o entrega.*
Traditio	*Entrega; rendición; tradición.*
Traditum	*Dar; entregar; hacer tradición.*
Transcriptio	Cesión; enajenación del derecho propio.
Transfuga	Desertor.
Transfugio	*Desertar; pasar al enemigo.*
Transigere est alienare	*Transigir es enajenar.*
Translaticius	Trasmitido; tomado de otra parte.
Translator	*El que trasfiere.*
Transmissio	Tránsito; pasaje; travesía.
Transportatio	*Trasporte.*
Tribunal	Galería alta donde administraban justicia los tribunos y otros magistrados; tribunal; conjunto de los jueces.
Tribunatus	Tribunado; dignidad de los tribunos.
Tribunicius	Tribunicio; del tribuno.
Tribunus	Tribuno; magistrados creados para proteger a la plebe.
Tribus	Originariamente, cada una de las tres partes en que se dividía el pueblo romano: ramnenses o latinos, titienses o sabinos y luceres o etruscos y albanos.

Tributarius	Tributario; que paga tributos.
Tributum	Tributo; impuesto.
Tributum capitis	*Impuesto patrimonial fijo.*
Tributum portorium	*Impuesto aduanero.*
Tributus	*Tributo.*
Tripartitus	Dividido en tres partes.
Triplus	*Triple; triplicado.*
Turpitudo	*Deshonestidad; impureza; deshonra; infamia.*
Tutela	Defensa; amparo; protección; tutela.
Tutor	Tutor; defensor; protector.
Tutor ad hoc	*Tutor especial.*
Tutor loco parentis habetur	*El tutor reemplaza al padre.*
Tutor rem pupilli emere non potest	El tutor no puede adquirir los bienes de su pupilo.
Tutus	*Tutelado; defendido; resguardado.*
U	
Ubi eadem ratio, ibi idem jus	Donde existe la misma razón, existe la misma ley.
Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus	*Donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.*
Ubi societas ibi jus	*Donde hay una sociedad, hay un derecho.*
Ultimum remedium	*Último recurso o remedio.*
Ultor	Vengador.
Ultra petita	Más allá de lo que se ha pedido.
Uncia	Una doceava parte; onza (moneda), equivalente a medio as; onza (peso), doceava parte del as; onza (medida de longitud), una pulgada o doceava parte del pie.
Uncialis	De una onza.
Unciarius faenus	Intereses de una doceava parte del capital (8 1/3 por ciento al año).
Unciatim	Por onzas; onza a onza.
Unde	De donde; ¿de dónde?
Unitas actus	*Unidad de acto.*
Unitas rei	*Unidad de cosa.*
Universitas	Multitud; conjunto; conglomerado.
Universitates personarum	*Colectividad de personas.*
Universum jus defuncti	Todo el patrimonio del difunto.

Unum debent omnes	Todos deben la misma cosa.
Unus	*Uno; único; solo.*
Unusquisque	*Cada uno; cada cosa.*
Unusquisque peritus esse debet artis suae	*Cada uno debe conocer su arte o profesión.*
Urbanus	Urbano; de la ciudad; romano; de Roma.
Urbs	*Ciudad; los moradores de la ciudad.*
Urgens	Urgente; inminente.
Usucapio	Adquirir la propiedad de alguna cosa por prescripción; derecho de propiedad adquirido por prescripción.
Usura	Usura; interés.
Usurarius	*Usurario; de la usura.*
Usurpare	Tomar posesión de; apropiarse de.
Usurpatio	Apoderamiento; apropiación.
Usus	Uso; empleo; aprovechamiento.
Ususfructus	Usufructo; aprovechamiento de una cosa sin tener su propiedad.
Ususfructus est jus utendi et fruendi sed non abutendi	*El usufructo es el derecho de usar una cosa y percibir sus frutos, pero no de abusar de ella.*
Utilis	Útil; apto; ventajoso.
Utilitas	Utilidad; ventaja; provecho.
Utiliter	Útilmente.
Uxor	Mujer casada.
V	
Vacans	Vacante; carente.
Vadere	Citar a juicio, exigiendo fianza de presentarse.
Vadimonium	Garantía de comparecer en juicio.
Vates	Profeta; profetisa; adivino.
Vaticinius	Profecía; vaticinio.
Vectigal	Tributo; impuesto.
Vectio	Conducción; trasporte; acarreo.
Venditare	*Vender; poner en venta; tratar de vender.*
Venditio	*Venta; subasta.*
Venditio bonorum	*Venta o realización de bienes.*
Venditor	Vendedor.

Veneficium	Envenenamiento; encantamiento.
Veneficus	Envenenador; encantador.
Verax	*Veraz; verídico.*
Verba volant, scripta manent	*Las palabras vuelan, los escritos quedan.*
Veritas	*Verdad; veracidad; probidad; rectitud.*
Verum	La verdad; lo verdadero; lo justo; lo recto.
Vetare	No permitir; prohibir.
Veteres	*Los antiguos; los ancianos.*
Vetus depositio pecuniae	*El tesoro es un viejo depósito de dinero.*
Vi dejectus	Expulsado violentamente o por la fuerza.
Vialis	*Camino; de camino.*
Vicesima libertatis	Tributo del cinco por ciento (vigésima parte) que debía pagarse al Estado, sobre el valor de los esclavos manumitidos.
Viduitas	*Viudez.*
Vigilans	Vigilante; diligente; activo.
Vigilantia	Vigilancia; solicitud; diligencia.
Vinculum	*Vínculo; atadura; lazo.*
Vinculum cautionis	Vínculo o lazo de garantía.
Vinculum juris	*Vínculo o lazo de derecho.*
Vindex	*Fiador; defensor; protector.*
Vindicare	Reivindicar; reclamar en justicia.
Vindicatio	Reclamación; protección; defensa.
Vindicta	Liberación; manumisión.
Violatio	Violación; profanación.
Violator	Violador; profanador.
Violens	Violento; impetuoso.
Vinlenter	Con violencia; con ímpetu; con furor.
Violentia	Violencia; vehemencia; ferocidad.
Vir	*Marido; esposo.*
Vir caput est mulieris	*El marido es el jefe de su mujer.*
Viritanus ager	*Personas carentes de recursos.*
Vis	Fuerza; violencia.
Vitium in judicando	*Vicio del juicio.*
Vitium in procedendo	*Vicio del procedimiento.*

Viva vox juris civilis	*Voz viviente del derecho civil.*
Viventis non est hereditas	No hay sucesión de persona viva.
Vocatio in jus	*Apelación en justicia.*
Vocatus	Convocatoria; llamamiento.
Volens	El que quiere; el que hace algo de buena voluntad; el que consiente algo.
Volenti non fit injuria	*Lo que es querido no causa daño.*
Volubilis	Voluble; inconstante; que cambia incesantemente; no perdurable.
Voluntas	Voluntad; deseo; tendencia.
Voluntas in mente retenta nihil efficit	*La voluntad no expresada no causa efecto o no tiene valor.*
Voluntas testatoris totum facit	La voluntad del testador hace todo.
Vox unius, vox nullius	*Voz de uno, voz nula.*

Bibliografía

- **ADAM**, Alejandro; ***Antigüedades Romanas***, Tomo I y II VALENCIA: Imprenta de CABRERIZO, 1854.
- **ALCARAZ VARÓ**, Enrique; *El Inglés Jurídico*, 1ra. ed., Editorial ARIEL S.A., Barcelona, 1994.
- **ALVAREZ - CORREA,** Eduardo; *Curso de Derecho Romano*, 2 da. ed., Editorial Pluma Ltda., Bogotá, 1980.
- **ALZAMORA,** Lizardo; *Derecho Romano*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1946.
- **AMBROSIONI,** Carlos E.; *Lecciones de Derecho Romano II*, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1965.
- **A MILLARES**, Carlo; *Historia de la Literatura Latina*, Cuarta edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
- **ANTEQUERA**, José María; ***Historia de la Legislación Romana***, Tercera Edición, Imprenta a cargo de D. R. P. Infante, Madrid, 1874.
- **A. PETRIE;** *Introducción al Estudio de Grecia, Historia, Antigüedades y Literatura*, decimotercera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- **ARANGIO-RUIZ,** Vicente; *"Historia del Derecho Romano"*, 4ta ed., Editorial REUS, S.A., Madrid, 1980.
- **ARANGIO-RUIZ**, Vincenzo; *Instituciones de Derecho Romano*, Traducción de la 10ª edición italiana, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1986.
- **ARGÜELLO,** Luis Rodolfo; *Manual de Derecho Romano -Historia e Instituciones-*, 2 da. Edición corregida, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1981.
- **ARIAS RAMOS**; *Derecho Romano, Tomo I, Parte General – Derechos Reales*, Novena Edición, Editorial Revista de Derecho Romano, Madrid, 1963

- **AULO GELIO**; *Noches Áticas*, Editorial "EL ATENEO", Buenos Aires, 1955.
- **BADANI CHÁVEZ,** Rosendo; *Obligaciones y Contratos, Priemera Parte*, Imprenta Editora Atlántida S.A., Lima.
- **BASADRE,** Jorge; *Los Fundamentos de la Historia del Derecho*, cuarta edición, Editorial San Marcos, Lima, 1999.
- **BAYNES,** Norman H; *El Imperio Bizantino*, 1ra. ed. en español, Fondo de Cultura Económica, S.A., México, 1996.
- **BERTOLINI,** Francisco; *"Historia de Roma"*, Tomo Primero, Editora Nacional, México, 1966.
- **BIBLIOTECA SALVAT** de *Grandes Temas; Justicia y Derecho*, SALVAT Editores, S.A., Barcelona, 1973, p. 76-77.
- **BIONDO BIONDI**; ***Istituzioni di Diritto Romano***, Dott A. Giuffre - Editore, Milano, 1946.
- **BONIFAZ NUÑO,** Rubén y Augusto Monterroso; *Antología de la Poesía Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, México, 1972.
- **CANNATA, Carlo Augusto**; *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, Traducción de Laura Gutiérrez-Masson, Editorial TECNOS, S.A., Madrid, 1996.
- **CANTAR DE LOS NIBELUNGOS.** Edición de Emilio Lorenzo Criado, 6ta. Ed., Ediciones Cátedra, Letras Universales, Madrid, 2007.
- **CARLOS,** Eduardo B.; *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1959.
- **CHAMOUX,** François; *La Civilización Griega*, 1era. Edición, Editorial Óptima, S.L., Barcelona, 2000.
- **CERVANTES IBARROLA,** Salvador; Latín, 2da. Edición, Lima.
- CICERÓN; ***Catilinarias***, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2005.
- CICERÓN; ***Laelius de Amicitia***, Editorial Ramón Sopena, S.A, Barcelona, 1969.
- **CICERÓN; *Sobre la Naturaleza de los Dioses***, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2000.
- **CLEMENTE DE ALEJANDRÍA; *El Pedagogo***, Primera edición, 1ra reimpresión, EDITORIAL GREDOS, S.A., Madrid, 1998.
- **CÓDIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA.** Editorial FIDENTER, Buenos Aires, 1980.

- **CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.** 25ª edición, Editorial TECNOS, Madrid, 2006.
- **CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO;** Edición Bilingüe Decimoséptima Edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1994.
- **CÓDIGO DE HAMMURABI**; Cuarta edición, EDITORIAL TECNOS (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2008.
- **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA CIVIL PERUANO (1852).**
- **CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO.** Edición Oficial Ministerio de Justicia y Academia de la Magistratura, Lima, 1998.
- **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA,** Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1999.
- **CORTS GRAU,** José; *Curso de Derecho Natural,* 3era Edición, Editorial Nación de Madrid, 1964.
- **CUENCA,** Humberto; *Proceso Civil Romano,* Ediciones Jurídicas Europa - Americana, Buenos Aires, 1957.
- **DANTE,** Alighieri; *La Monarquía,* Editorial TOR, Buenos Aires.
- **DAVID,** René; *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos (Derecho Comparado),* Editorial AGUILAR, Madrid, 1973.
- **DAVID,** René; *Tratado de Derecho Civil Comparado,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.
- **DE CHURRUCA,** Juan; *Introducción Histórica del Derecho Romano,* 2da. Edición, Publicaciones de la Universidad de DEUSTO BILBAO, 1982.
- **DE ECHEVERRÍA**, Lamberto; *Nuevo Derecho Canónico,* Manual Universitario, Biblioteca de Autores Cristianos.
- **DE LA LAMA,** Miguel Antonio; *Código Civil Peruano de 1852,* 5ta. Edición, Librería e Imprenta GIL, Lima, 1920.
- **DE LA LAMA,** Miguel Antonio; *Elementos de Teoría del Enjuiciamiento, Tomo III,* segunda edición, BENITO GIL -EDITOR, Lima, 1889.
- **DE LA RUA,** Fernando; *Teoría General del Proceso,* Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1991.
- **DICCIONARIO DE MITOLOGÍA MUNDIAL**; EDAF, Ediciones - Distribuciones, S.A., Madrid, 1984.

- **DIONISIO DE HALICARNASO**; *Historia Antigua de Roma*, Libros VII-IX; X, XI y Fragmentos Libros XII-XX, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 1989 y 1988 respectivamente.
- **DI PIETRO**, Alfredo; *Derecho Privado Romano*, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1996,
- **DI PIETRO**, Alfredo y Ángel E. Lapieza Elli; *Manual de Derecho Romano*, cuarta edición, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1985, pág. 10.
- **D. LEÓN GALINDO Y DE VERA**; *Progreso y Vicisitudes del Idioma Castellano*, Imprenta Nacional, MADRID, 1863.
- **D'ORS.**; *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Pamplona, 1991.
- **D'ORS**; *EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO I*; Editorial ARANZADI, Pamplona, 1968.
- **D'ORS**; *EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II*; Editorial ARANZADI, Pamplona, 1972.
- **D'ORS**; *EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO III*; Editorial ARANZADI, Pamplona, 1975.
- **DU PASQUIER**, Claude; *Introducción al Derecho*, 4ta. Edición Editora y Distribuidora "EDINAF", Lima, 1990.
- **EIRANOVA ENCINAS,** Emilio y Miguel L. Lourido Miguez; *Código Procesal Civil Alemán*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2001.
- **ENCICLOEDIA PRÁCTICA JACKSON;** Tomo VII, Séptima edición, W. M. JACKSON, Inc., Editores, México, 1966.
- **ENNECCERUS**, Ludwig; *Derecho Civil - Parte General, volumen I*, 39ava edición alemana, BOSCH, Casa editorial, Barcelona, 1947.
- **FERNÁNDEZ BARREIRO,** Javier Paricio; *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 3ra. Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1997.
- **FERNÁNDEZ LEÓN, Gonzalo;** *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial SEA, Buenos Aires, 1962.
- **FEROCI FERRARI,** Franchi; *Códice Civile. Codice di Procedura Civile*, Editore Ulrico, Hoepeli, Milano, 7879.
- **FERRERO, Guglielmo**; *Grandeza y Decadencia de Roma*, Ediciones Siglo Veinte, S. R. L., Buenos Aires, 1959.

- **FLORES BARRAZA, Eusebio;** *Prontuario General de Derecho Romano*, 1ra. Ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991.
- **FUSTEL DE COULANGES;** *La Ciudad Antigua*, 7ª edición, Editorial EDAF S.A., Madrid, 2001.
- **GALGANO,** Francesco; *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Traducción de Antonio Fernández Campos y otro, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000.
- **GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.;** *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte, -**Instituta- Digesto***, Barcelona, 1889.
- **GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.;** *Cuerpo del Derecho Civil Romano, **Primera Parte, - Digesto**, Tomo II*, Barcelona, 1892.
- **GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.;** *Cuerpo del Derecho Civil Romano, **Segunda Parte, - Código***, Tomo Ii, Barcelona, 1895.
- **GARCÍA GARRIDO,** Manuel J.; *Derecho Privado Romano*; 7ma edición reformada; Editorial DYKINSON, Madrid. 1998.
- **GAYO.;** *INSTITUTAS*, Traducido por Alfredo di Pietro, Quinta Edición, ABELEDO PERROT, Buenos Aires, 1997.
- **G. BAUDRY-LACANTINERIE**, *Précis de DROIT CIVIL, Tome Premier,* Treizième Édition, Librairie RECUEIL SIREY, Paris. Traducción del Mg. Rafael Hernández Canelo, 1922.
- **GIMÉNEZ**, Manuel; *Diccionario Básico de Mitología*, Primera edición, Colección Inicio, Barcelona, 1999.
- **GIRALDO ÁNGEL**, Jaime y Oswaldo Giraldo López; *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*, 7ma. Ed., Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1996.
- **GONZÁLES**, Manuel; *Historia del Derecho*, 4ta. Ed., Editado por Librería La Lógica S.A., Venezuela, 1995.
- **GORETTI** Maria; *Lineamenti di Storia della Filosofia*, Terza Edizione, Firenze, 1971.
- **GOYARD-FABRE**, Simone; *Los Fundaments de l'ordee juridique,* 1re. Édition : Presses Universitaires de France, 1993.
- **GUEVARA ESPINOZA**, Antonio; *Roma y Edad Media*, 4ta. Ed. Editorial Talleres Gráficos de la Editorial Antonio Lilli, S.A., Lima, pg. 29.
- **GUSTAVO HUGO;** ***Historia del Derecho Romano***, Establecimiento Tipográfico de D.R.R. de Rivera, Editor, Madrid, 1850.

- **GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO**, Faustino; *Diccionario de Derecho Romano*, Tercera Edición, REUS, S.A., Madrid, 1982.
- **GUZMÁN BRITO**, Alejandro; *DerechoPrivado Romano, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- **GUZMÁN BRITO,** Alejandro; *DerechoPrivado Romano, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- **GUZMÁN FERRER**, Fernando; *Código de Procedimientos Civiles, Tomos I* y *II*, Editorial Científica, S.R.L., Lima, 1986.
- **HAMILTON D**, Carlos. *Manual de Historia del Derecho*, Editorial Universitaria S.A. Santiago de Chile, 1948.
- **HANS VON Hülsen; *Hallazgos en ROMA***, Taurus Ediciones S.A., Madrid, 1966.
- **HENRY MAINE**; ***El Derecho Antiguo***, Primera edición cibernética, junio de 2004.
- **HERNÁNDEZ CANELO**, Rafael; *Derecho Romano I -Nociones Generales, Historia, Personas y Derecho de Familia-*, Universidad de Chiclayo, 1994.
- **HERNÁNDEZ CANELO**, Rafael; *Derecho Romano II -Derechos Reales, Derecho de Obligaciones y Contratos y Derecho Sucesorio-*, Universidad de Chiclayo, 1998.
- **HERNÁNDEZ CANELO**, Rafael; *Historia del Derecho Romano, Volumen I*, 1ra. ed., Tipográfica Cabal, Chiclayo, 1998.
- **HERNÁNDEZ GIL**, Antonio; *La Posesión*, Civitas S.A., Madrid, 1980.
- **HERODOTO**; ***Los nueve libros de Historia***, 5ta. Edición, Editorial EDAF, S. A., Madrid, 2001, II, 53, 1-2.
- **HESIODO**, ***Los Trabajos y los Días***, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2000.
- **HESIODO**, ***Teogonía***, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2000.
- **HOMERO**; *La Odisea*, Editorial Iberia, España, 1967, Canto XVII, pg. 229.
- **HORACIO**; *Odas y Epodos*, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1955.
- **IGLESIAS**, Juan; *Derecho Romano -Historia e Instituciones* - Undécima edición, editorial ARIEL, S.A. Barcelona, 1994.
- **IGNACIO ECHEAGARAY,** José; *Compendio de Historia General del Derecho*, Editorial PORRUA, S.A., México, 1994.
- **IGNACIO MORALES,** José; *Derecho Romano*, 2da. Edición, Editorial TRILLAS, México, 1989.

- **IMPALLOMENI**, Giambattista, *Voz "Pandecttistica", En: Novísimo Digesto Italiano*, Vol. XX, Turín: Utet, 1968, P. 350.
- **J. HEINECCIO; *Derecho Romano***; Imprenta de D. Eusebio Aguado, Madrid, 1829.
- **JUVENAL**, Persio; *Sátiras*, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001.
- **KASER**, Max; *Derecho Romano Privado*, versión directa de la 5ta. Edición. Alemana por José Santa Cruz Teijeiro, 2da. Ed., Editorial REUS, S.A, Madrid, 1982.
- **KUNKEL**, Wolfgang; *Historia del Derecho Romano*, 3ra, reimpresión, Editorial ARIEl, S.A, Barcelona, 1994.
- **LALAGUNA DOMÍNGUEZ**, Enrique; *Introducción al Derecho Español*, Ediciones NOMOS, Valencia, 1990.
- **LARENZ,** Karl; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Segunda Edición, Editorial ARIEL, Barcelona, 1980.
- **LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO EL SABIO;** Tomo Quarto, Sexta y Sétima Partida, Lecointe y Lasserre, Editores, París, 1843.
- **LE CODE CIVIL & LE CODE DE PROCEDURE CIVIL;** Editions Europa La Loi Chez Soi, Paris, 1980.
- **LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA.** De 1881, Décimo Séptima Edición, Editorial CIVITAS, S.A, Madrid, 1994.
- **LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA 1/2000.** Editorial La Ley - ACTUALIDAD, S.A., Madrid, 2005.
- **LÓPEZ DE HARO,** Carlos; *Diccionario de Reglas, Aforismos y Principios de Derecho*, Quinta edición, Instituto Editorial REUS, S.A., Madrid, 1982.
- **LÓPEZ SOTO**, Vicente; *Diccionario de Autores, Obras y Personajes de la Literatura Latina*, Editorial Juventud, Barcelona, 1991.
- **LOUZAN DE SOLIMANO,** Nelly Dora; *El Procedimiento Civil Romano*, 2da. Edición, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1996.
- **LUCANO,** ***FARSALIA***, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001.
- **LUCRECIO**; *De rerum natura* -De la Naturaleza de las Cosas-, Ediciones Cátedra (Grupo Anaya, S.A.), Barcelona, 2003.
- **MALET**, Alberto y J. Isaac; *La Edad Media*, Librería HACHETTE S.A., Buenos Aires, 1965.

- **MARCEL PLANIOL.** *Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome Premier*, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1915.
- **MARCO AURELIO**; *Meditaciones*, Segunda edición, Editorial Debate, S.A., Madrid, 2001.
- **MARCO TULIO CICERÓN.** *Sobre las Leyes*, Editorial ARIEL UNIVERSAL, Guayaquil, 1991.
- **MARCO TULIO CICERÓN.** *Sobre la República*, Traducción de Alvaro D'Ors, Primera Edición, Primera Reimpresión, Editorial GREDOS, S.A., Madrid, 1991.
- **MARGADANT, Guillermo F.**; *La Segunda vida del Derecho Romano*, Primera edición, Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa S.A., México, 1986.
- **M.F.C.** de Savigny; Sistema del Derecho Romano Actual, Tomo II, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879.
- **M.G. LERMINIER**; ***Introducción General a la Historia del Derecho***, Librería de D. Antonio Sierra, Plaza de S. Jaime, Barcelona, 1840.
- **MISARI TORPOCO**, David Efraín; *Latín Jurídico*, Editorial San Marcos, E.I.R.L., Lima, 2011.
- **MOLINA MARTÍNEZ**, Miguel; *El Municipio en América*, Aproximación a su Desarrollo Histórico. Ediciones ADHARA. S.L. Granada, 1996.
- **MOMMSEN,** Teodoro; *Compendio del Derecho Público Romano*, Editorial Impulso, Buenos Aires, 1942.
- **MOMMSEN,** Teodoro; *Compendio del Derecho Público Romano*, La España Moderna, Madrid, 1893.
- **MOMMSEN,** Teodoro; *Derecho Penal Romano*, Editorial TEMIS, Bogotá, 1976.
- **MOMMSEN,** Teodoro; *Historia de Roma*, Joaquín Gil – Editor, Buenos Aires, 1960.
- **MONTANELLI,** Indro; *Historia de Roma*, Plaza & Janés Editores S.A., Barcelona, 1999.
- **MONTES**, Ángel Cristóbal; "*Curso de Derecho Romano*", Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- **MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat,** Barón de Montesquieu; *El Espíritu de las Leyes*, Edicomunicación, S.A., Barcelona, 2003.

- **MONTOYA GÓMEZ**, Mario; *De las Obligaciones en el Derecho Romano*, Aditorial TAMIS, Bogotá, 1973.
- **MORINEAU IDUARTE**, Marta y Ramón Iglesias Gonzalez; *Derecho Romano*, 2da. ed., Editorial HARLA, S.A., México, 1992.
- **MOSAICARVM ET ROMANARVM LEGVM COLLATIO**, Instituto de Investigaciones Filológicas - Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.
- **M. WALKER**, Joseph; *La Grecia Antigua*, EDIMIT LIBROS, S.A., Madrid, 1999.
- **NESPRAL**, Bernardo; *El Derecho Romano en el siglo XXI*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza Argentina, 2002.
- **NILSSON**, Martín P.; *Historia de la Religión Griega*, Editorial Gredos, Madrid, 1953.
- **ODERIGO**, Mario N.; *Sinopsis de Derecho Romano*, 6 ta, Edición, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1980.
- **OGILVIE, Robert M.**; *Los Romanos y sus Dioses*; Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1995.
- **ONTIVEROS PAOLINI,** Gerardo; *Derecho Romano I y II*, 5ta. ed., MARGA EDITORES, S.R.L., Caracas, 1994.
- **OROZ**, Rodolfo; **LATÍN I**, EDITPORIAL KAPELUSZ S.A., Buenos Aires, 1982.
- **OTS CAPDEQUI,** José M.; *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, 1969.
- **OVIDIO**; *Fastos*, Editorial Gredos S.A., Madrid, 2001.
- **OVIDIO**; *Metamorfosis*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2001.
- **OVIDIO**; *Tristes - Pónticas*; Editorial Gredos, S. A., Madrid, 2001.
- **OYARCE YUZZELLI, AARÓN**; Nuevas Tendencias del Derecho, Universidad San Martín de Porres -Fondo Editorial, Lima, 2009.
- **PADILLA SAHAGÚN,** Gumesindo; *Derecho Romano*, Cuarta edición, MC Graw Hill, México, 2008.
- **PANERO GUTIÉRREZ**, Ricardo; *Derecho Romano*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- **PENAGOS, S.I.,** Luis; *Gramática Latina*, 25 edición, Editorial "SAL TERRAE", Santander, 1973.

- **PEREIRA MONSALVE,** Luis César; *Código Civil Colombiano*, Medellín - Colombia, 1997.
- **PÉREZ BUSTAMANTE,** Rogelio; *Historia del Derecho Español -Las Fuentes del Derecho-*, Editorial DYKINSON, Madrid, 1994.
- **PETIT,** Eugène; *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Mobil Libros, Caracas, 1966.
- **PETRONIO**; *El Satiricón*, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001.
- **PLINIO EL VIEJO;** *Historia Natural*, Libros II-IV, Editorial Gredos S.A., Madrid, 2001.
- **PLUTARCO**; *Sobre la Superstición*, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001.
- **PLUTARCO,** *Vidas de Grandes Hombres*, Sexta Edición, Editorial Mateau, Barcelona, 1961.
- **POLIBIO**; ***Historias***, Libros V-XV, EDITORIAL GREDOS, S.A., Madrid, 2000.
- **RABINOVICH-BERKAM,** Ricardo D.; *Derecho Romano*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2001.
- **RADBRUCH,** Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Tercera edición en español, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1965.
- **RAMOS NÚÑEZ** Carlos; *El Código Napoleónico y su Recepción en América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL, Lima, 1997.
- **RAVEAU,** Rafael; *Derecho Romano, Tratado Elemental*; Librería y Editorial "NASCIMENTO", Santiago de Chile.
- **RAYMOND BLOCH;** *La Adivinación en la Antigüedad*, Primera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, S. A., México, 2002.
- **REBAZA ACOSTA,** Alfredo; *Historia de la Cultura (Altas Culturas)*, Editorial Leoncio Prado, La Perla - Callao, Lima, 1967.
- **RODRÍGUEZ CEPEDA,** Bartolo Pablo; *Metodología Jurídica*, 1ra. Edición, Oxford University Press México, S.A. de C.V., México, 2001.
- **RODRÍGUEZ DÍAZ,** Emma; *Algunos aspectos de la Donatio mortis causa en el Derecho Romano*, Universidad de Oviedo, Departamento de Ciencias Jurídicas, 2000.
- **SAENZ GÓMEZ,** José María; *Derecho Romano I*, LIMUSA NORIEGA Editores, México, 1994.

- **SALUSTIO**; ***Conjuración de Catilina, Guerra de Jugurta, Historias*** (Fragmentos), EDITORIAL GREDOS, S.A., Madrid, 2000.
- **SALVIOLI,** Giuseppe; *Storia del Diritto Italiano, Volumen III* - Parte Seconda Storia Della Procedura Civile e Criminale, ULRICO HOEPLI, Editore Libraio della Real Casa, Milano, 1927.
- **SAN AGUSTÍN;** *La Ciudad de Dios*, Tomo I; Quinta edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2004.
- **SAN AGUSTÍN;** *La Ciudad de Dios*, Decimonovena edición, Editorial PORRÚA, México, 2008.
- **SARFATTI**, Mario; *Introducción al Estudio del Derecho Comparado*, Imprenta Universitaria, México, 1945.
- **SAVIGNY, EICHORN, GIERKE, STAMMLER;** ***La Escuela Histórica del Derecho -Documentos para Estudio-***; Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908.
- SCHNITZLER, Hermann; **LATÍN**, Vigésima segunda edición, EDITORIAL HERDER, Barcelona, 1982.
- **SCIALOJA**, Vittorio; *Procedimiento Civil Romano*, Ediciones Jurídicas Europea-America, Buenos Aires, 1954.
- **SECCO ELLAURI**, Oscar y Pedro Daniel, Baridon; *Historia Universal - GRECIA*, Décima Edición, Editorial KAPELUSZ, Buenos Aires, 1972.
- **SECCO ELLAURI**, Oscar y Pedro Daniel, Baridon; *Historia Universal - ROMA*, Undécima Edición, Editorial KAPELUSZ, Buenos Aires, 1972.
- **SEGURA MUNGUÍA**, Santiago; Diccionario Etimológico Latino-Español, Primera edición, Ediciones Generales Anaya, Barcelona, 1985.
- **SERAFÍNI,** Felipe; *Instituciones de Derecho Romano*, Tomo I y II 9na, ed., Editorial Hijos de J. Espasa Editores, Barcelona, 1915.
- **SERENE,** Angelo Piero; *El Proceso Civil en los Estados Unidos*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1958.
- **SERRANO**, Rosa Sanz; ***Las Migraciones Bárbaras y la Creación de los Primeros Reinos de Occidente***, EDITORIAL SÍNTESIS, S.A., Madrid, 1995.
- **SILVA VALLEJO**, José Antonio; *Historia General del Derecho*, 1ra. Edición, Universidad Alas Peruanas, Lima, 2005.
- **SILVA VALLEJO**, José Antonio; *El Derecho Procesal en la Edad Media*, Cultural Cuzco, S.A, Editores, Lima, 1998.

- **S. SWARTHY**; ***Tratado de Mitología, Greco-Romana, Americana y Universal***, Editorial Araujo, Buenos Aires, 1939.
- **SUETONIO**; ***Vidas de los Doce Césares***, Libros I-III, EDITORIAL GREDOS, S. A., Madrid, 2001.
- **TÁCITO,** Cayo Cornelio; *Anales,* Libros III -VI, 1ra. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- **TÁCITO,** Cayo Cornelio; *Historias,* Libros I - II, 1ra. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
- **TITO LIVIO.** *Historia de Roma desde su Fundación,* Tomo I-III, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2000.
- **TITO LIVIO.** *Historia de Roma desde su Fundación,* Tomo IV-VII; VIII - X y XXI -XV, Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2001.
- **TORRES VÁSQUEZ,** Aníbal; *Introducción al Derecho,* 2da. ed., TEMIS, 2001, pág., 87- 88.
- **TREADGOLD,** *Warren*; *Breve Historia de Bizancio,* Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 2001.
- **VALENCIA ZEA**, Arturo; *La Posesión*, Editorial TEMIS, Bogotá, 1968.
- VARGAS PRADA, Julio; *Derecho Marítimo,* 2da. Ed, Editora Jurídica Grijley EIRL, Lima, 1995.
- **VARRÓN**, ***De re rustica*** *-De las cosas del campo-*; Segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.
- **V. DIAKOV**, *Historia de la Antigüedad -ROMA-*, versión española de Guillermo Lledó, Editorial Grijalbo, S.A., México, 1966.
- **VENTURA SILVA,** Sabino; *Derecho Romano Curso de Derecho Privado,* Duodécima Edición, Editorial PORRUA, S. A., México, 1995.
- **VERA TORNELL,** Ricardo; *Historia Universal de la Civilización, Tomo I, Edades Antiguas y Media,* Editorial RAMÓN SOPENA, S.A., Barcelona, 1981.
- **V. GORDON CHILDE**; *Introducción a la Arqueología,* Ediciones ARIEL, Barcelona, 1972.
- **VILLEY, Michel**; *El Derecho Romano,* Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.
- **VINOGRADOFF,** Paul; *Introducción al Derecho,* Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

- **VIRGILIO**; *Geórgicas*, Ediciones Cátedra, S.A., Madrid, 1994.
- **VIRGILIO**; *La Eneida*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1999.
- **VOGEL**, Carlos Alfredo; *Historia del Derecho Romano*, 5ta. ed. reimpresión, editorial Perrot, Buenos Aires, 1993.
- **VON IHERING**, Rudolf; *El Espíritu del Derecho Romano*, Revista de Occidente, Argentina, Buenos Aires, 1947.
- **VON IHERING**, Rudolf; *El Espíritu del Derecho Romano*, *Volumen 3* y *4*, OXFORD University Press, México, 2001.
- **VON IHERING**, Rudolf; *La Lucha por el Derecho*, Editorial José M. CAJICA S.A., Puebla, México, 1957.
- **VON EHERING**, Rudolf; *La Posesión*, Bibliográfica OMEBA, Editores-Libreros, Buenos Aires, 1960.
- **VON MAYER**, Robert; *Historia del Derecho Romano*, *Tomo I*, Traducción del Alemán por Wenceslao Roces, editorial LABOR, S.A., Buenos Aires, 1926.
- **VON SAVIGNY**, Friedrich Karl; *Metodología Jurídica*, Traducción de J.J. Santa-Pinter. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1979.
- **WALKER**, Joseph; *Historia de España*, EDIMAT LIBROS, S.A., Madrid, 1999.
- **WALKER**, Joseph; *Historia de la Grecia Antigua*, EDIMAT LIBROS, S.A. Madrid, 1999.
- **W. BLACKWELL, Christipher y Amy Hackney Blackwell**; *Mitología*, Grupo Editorial Norma, Colombia, 2003.
- **WIEACKER**, Franz; *Historia del derecho Privado de la Edad Moderna*, Ediciones AGUILAR, Madrid, 1957.
- **W. VOTSCH**; *Gramática Latina*, Editorial LABOR, S.A., Barcelona.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres gráficos de Jurista Editores, en Lima, en el mes de abril de 2014.

Ha dictado Cursos en la Academia de la Magistratura en calidad de Profesor Asociado.

El Doctor Rafael Hernández Canelo, es Profesor Principal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo" de Lambayeque y de la Universidad Particular de Chiclayo, donde imparte las cátedras de: *Derecho Romano, Historia del Derecho Peruano, Filosofía del Derecho, Derecho Comparado, Derecho Internacional Privado* y *Derecho Procesal Civil*. Ha dictado los cursos de Italiano y Inglés en la Facultad de Ciencias Histórico Sociales de la UNPRG, en la actualidad dicta el curso de *Quechua* en la Escuela de Ciencia Política.

Es políglota, ha cursado estudios con certificaciones y diplomas en los siguientes idiomas: francés (*diploma de París*), inglés, alemán, italiano y quechua así como latín.

Es autor de obras de su especialidad: Derecho Romano I que contiene: Nociones Generales, Historia, Las Personas y Derecho de Familia (1994); Derecho Romano II, que comprende: Derechos Reales, Derecho de Obligaciones, Contratos y Derecho Sucesorio (1998); Historia del Derecho Romano, Volumen I (1998); Historia del Derecho Peruano (2013).

Además de la presente obra "*Derecho Romano, Historia e Instituciones*", el autor tiene concluidas y listas para su publicación las obras: Grandes Compilaciones y Códigos de la Humanidad, Influencia del Procedimiento Civil Romano en el Proceso Civil Peruano, Filosofía del Derecho, entre otras.

Derecho Romano – Historia e Instituciones

Esta obra constituye una exposición completa de la Historia del Derecho Romano y las Instituciones del Derecho Privado y Procesal. Contiene una Introducción, que sintetiza el Derecho Romano y ocho partes en las que se estudian: la formación histórica del Derecho Romano en las épocas de la Monarquía, República e Imperio, sus fuentes desde su origen hasta la compilación jurídica de Justiniano, y su desarrollo después de Justiniano hasta la Edad Contemporánea; el Derecho de Personas, Derecho de Familia, Derechos Reales, el Negocio Jurídico, Derechos de Obligaciones, Derecho Sucesorio y Procedimientos Romanos: Procedimiento Civil y Procedimiento Penal Público. Se "cierra" la obra con las nociones generales de latín, que incluye una selección de locuciones y adagios latinos.

La difusión y predominio del Derecho Romano en el mundo moderno es uno de los fenómenos más maravillosos de la historia y de los triunfos más extraordinarios de la fuerza intelectual. En el fondo y en la forma todas las legislaciones modernas se basan en el Derecho Romano que llega a ser un elemento de la civilización.

El Derecho Romano, fruto de la cultura occidental, ha influenciado en la legislación peruana y latinoamericana, indirectamente a través de España y Francia, y en vía directa con la recepción del Corpus Iuris Civiles de Justiniano.

Del Derecho Romano se han conservado en el Derecho de Familia: el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la cognación, la legitimación, la adopción, la emancipación, la tutela y la curatela en sus caracteres esenciales; en el Derecho de las Cosas (Derechos Reales): los caracteres generales de los bienes y su división; el dominio (propiedad) y de los derechos reales que lo limitan, y las formas naturales de adquirir; en el Derecho de las Obligaciones, la obligación en sus elementos constitutivos y en sus diversas manifestaciones, las diferentes clases de obligaciones; en el Derecho de las Sucesiones, los principios fundamentales, el testamento, la sucesión intestada, los legados; en el Derecho Procesal, los sistemas procesales de: Las Legis Actiones, el Procedimiento Formulario y el Extraordinario, las acciones, excepciones, capacidad activa y pasiva. El Derecho Romano, también ha influenciado en el Derecho Público en materias de contenido constitucional, Administrativo, Penal y Procesal Penal.

La importancia del Derecho Romano podemos resumirla en las expresiones del romanista español ÁLVAREZ SUÁREZ: "no existe en toda la historia universal fenómeno más sorprendente ni más admirable que el de la permanencia y subsistencia de las instituciones jurídicas romanas, fuera de los limites espaciales y temporales de su vigencia".


ISBN: 978-612-4184-30-7
9 786124 184307

